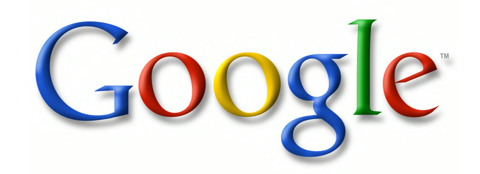




FESTSCHRIFT

ZUM SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGE SR. EXCELLENZ

DR. JOSEPH UNGER

ÜBERREICHT VON DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

K. K. UNIVERSITÄT WIEN

AM 2. JULI 1898.



STUTTGART 1898.

VERLAG DER J. G. COTTA'SCHEN BUCHHANDLUNG

NACHFOLGER.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Euere Excellenz!

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, der es gegönnt war, Euere Excellenz durch fünf Lustren ganz zu den Ihren zu zählen, und welcher Sie, wenngleich in loserem Verband, auch heute noch angehören, fühlt sich am heutigen Festtage freudig verpflichtet, Euerer Excellenz ihre innigste Verehrung auszudrücken.

Als Sie vor nahezu einem halben Jahrhundert als Schriftsteller und bald darauf als akademischer Lehrer der Rechtswissenschaft auftraten, verlangten Sie als das, was uns in Oesterreich vor Allem nothtue, »eine totale, nicht bloss auf einem einzelnen beschränkten Gebiet zu vollziehende Lossagung von der bisherigen Behandlungs-

weise« und zu diesem Ende die Oeffnung der Schleussen, »um den reichen Strom deutscher Rechtswissenschaft auf die brachliegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten und um auf allen Punkten zugleich ein neues geistiges Leben hervorzurufen«. Sie liessen dem Worte sofort die That folgen, indem Sie Ihr ganzes Können, die rastlose Arbeit von Decennien daran setzten, dieses neue reiche Leben zu schaffen. Als akademischer Lehrer haben Sie Tausende von Schülern, denen jede Ihrer Vorlesungen neue Anregung bot, für die Rechtswissenschaft erwärmt; der riesige Stoff des Römischen, Deutschen und Oesterreichischen Rechtes, den Ihre Vorlesungen umfassten, gewann in Ihrer Darstellung Leben und Interesse, indem Ihre Schüler das Recht als eine Seite des Menschenlebens selbst anschauen lernten. Durch die Bearbeitung, die Sie

dem Oesterreichischen Privatrechte widmeten, haben Sie es auf eine höhere Stufe gehoben; eine lange Reihe gründlicher, geistvoller Abhandlungen, vor Allem aber Ihr neue Bahnen einschlagendes System des Oesterreichischen Privatrechtes haben zahllose, bis dahin dunkle Lehren in helles Licht gestellt; mit den Waffen der Kritik, der Philosophie und der Geschichte haben Sie das Ueberlebte zerstört und an seiner Stelle einen schön gegliederten Neubau errichtet. So haben Sie geleistet, was Sie postulirt hatten: Die österreichischen Juristen wurden aus der Periode der blossen Gesetzeskenntniss zu der höheren der Rechtswissenschaft geführt.

Zu alledem gesellt sich, was Euere Excellenz als Mitglied der Regierung, als Nomothet und an der Spitze jenes hohen Tribunals geleistet haben, das die politischen Rechte

schützt: Fürwahr! Der Rückblick auf so erfolgreiche Lebensarbeit muss Sie mit der höchsten Befriedigung erfüllen.

Nehmen Euere Excellenz unsere Festgabe freundlich entgegen; sie ist der Ausdruck der Verehrung, die wir empfinden, der Segenswünsche, die aus unseren Herzen kommen.

WIEN, am 2. Juli 1898.

Im Namen
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

deren derzeitiger Decan:

Dr. W. LUSTKANDL.

INHALT.

Zur Lehre vom Eigenthumserwerb

durch

Accession nach römischem Recht.

Von

Karl Ritter von Czyhlarz.

I. Ferruminatio und adplumbatio.

Die Hauptstelle über die ferruminatio (feruminatio)[1] ist, die l. 23, §. 5 D. de R.V. 6. 1.

Paulus libro vicensimo primo ad edictum: Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse.

Hier schildert Paulus die rechtliche Wirkung der ferruminatio, gestützt auf die Autorität des Cassius und offenbar in voller Uebereinstimmung mit diesem, dahin, dass der mit einer Statue ferruminatione verbundene Arm in dieser Statue als Theil aufgehe, oder, anders ausgedrückt, von derselben ganz absorbirt werde. Das ferruminatione hinzugekommene Stück sei nur Theil der Statue, ebenso wie jedes andere, actio ad exhibendum und rei vindicatio des früheren Eigenthümers seien betreffs dieses Stückes ausgeschlossen,

---

[1]) Siehe zu dem Folgenden Göppert, Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten. 1869; ferner Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen. 1871. S. 38 fg.; Zeitsch. für R.G. IX. S. 241 fg.; M. Pampaloni im Archiv. giuridico. XXXIII. p. 232 fg.; Ermann, Zeitsch. der Sav.-Stift. XIII. S. 218.

auch nach der späteren Lostrennung des Armes lebe das einmal erloschene Recht des früheren Eigenthümers nicht wieder auf, weshalb sich das Eigenthum am Arm auch nach dessen Lostrennung nur nach dem Statue-Eigenthum bestimmt.

Diese rechtliche Wirkung ist aber durch obige Stelle, wenn wir die Grenzen des dort erwähnten Thatbestandes nicht überschreiten, nur für den Fall bestätigt, dass

a) ein unitum, nicht ein compositum, vorliege, denn die Statue ist entschieden ein unitum[1]); und dass

b) dieses unitum schadhaft geworden und durch das ferruminatione hinzugekommene Stück ergänzt worden sei.

Die vorerwähnte, Sache und Eigenthum absorbirende, Wirkung bezeugt daher obige Stelle nur für die ferruminatione verbundene Accession, nicht aber für jeden Ferruminationsfall. Denn sie setzt zweierlei, nämlich: einen Accessionsfall und Hinzutritt der Accession durch ferruminatio, voraus.

Bestätigt wird diese Auffassung durch l. 27, §. 2 D. de A.R.D. 41. 1, woselbst Pomponius auf die ferruminatio zu sprechen kommt.

Pomponius libro trigensimo ad Sabinum. Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei esse aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. sed si neutra alteri accessioni est videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere.

Auch diese Stelle erörtert die Wirkung der ferruminatio mit Bezug auf Cassius und erkennt ebenfalls die obenerwähnte Absorption nur dort an, wo eine Sache alteri accessioni est, entscheidet aber die Frage utri cedat im Zweifel

---

[1]) Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte S. S. 41 fg.

dahin, dass sich dies pro portione rei vel pro pretio partis, d. h. nach dem Grössen- oder Werthverhältniss richte. Wo es jedoch an solchem Accessionsverhältniss fehlt, wo also neutra alteri accessioni est, dort soll trotz der Verbindung durch ferruminatio nach der Ansicht des Proculus und Pegasus Jeder Eigenthümer seiner Sache bleiben. Insofern die Stelle die Wirkung der ferruminatio über den Accessionsfall hinaus erörtert, ergänzt sie das in l. 23, §. 5 Gesagte.

Ob diesbezüglich Cassius anderer Ansicht war, lässt sich auf Grund unserer Stelle nicht sagen [1]), da das Citat aus Cassius wohl mit partis abschliesst.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich als Resultat, dass die ferruminatio als solche keine eigenthumsändernde Kraft hat, dass diese vielmehr nur der durch ferruminatio vermittelten Accession zukommt.

Worin besteht aber der Vorgang, der als ferruminatio bezeichnet wird? Darüber geben uns die Juristen begreiflicherweise keine Auskunft; weder Pomponius noch Paulus machen diesbezügliche Angaben, setzen vielmehr den Act als bekannt voraus, sind überdies wohl auch in technischer Hinsicht kaum so bewandert, um den Process genau schildern zu können. Auch nichtjuristische Schriftsteller lassen uns im Stich [2]). So bleibt uns kaum etwas anderes übrig als das zu verwerthen, was Paulus gelegentlich der Wirkung der accessionsweisen ferruminatio über diese durchschimmern lässt.

Meines Erachtens bietet hiefür der Passus unitate maioris partis consumi in l. 23 §. 5 einen gewissen Anhaltspunkt. Bei dem Einfluss der stoischen Lehre auf die Beurtheilung

---

[1]) Es ist namentlich nicht ersichtlich, dass der Satz: sed si — ferruminata est auf Cassius zurückgeht.

[2]) Siehe die bei Göppert, Ueber die Bedeutung von ferruminare u. s. w. S. 19 fg. citirten Stellen von Plautus, Petronius, Gellius und besonders Plinius.

der Sachverhältnisse seitens der römischen Juristen, welche das ἡνωμένον als unitum bezeichnen, ist es wohl kaum als zufällig anzusehen, dass Cassius und Paulus den Ausdruck unitate — consumi gebrauchen [1]). Dies legt den Gedanken nahe, dass eine solche Verbindung gemeint sei, welche so ausgleichend wirkt, dass das Ganze, einschliesslich des Zusatzstückes, als ein unitum erscheint. Bei Statuen insbesondere — l. 23, §. 5 spricht ja nur von einer solchen — muss daher meines Erachtens das Ergänzungsstück so angesetzt und verbunden sein, wie überhaupt Theilstücke derartiger Statuen verbunden werden, so dass es als später hinzugefügtes Ergänzungsstück gar nicht erscheint, also unitate — consumitur.

Diese ausgleichende, das Ganze als Einheit erscheinen lassende Verbindung scheint nach Cassius und Paulus in einer Art confusio bestanden zu haben. Dafür spricht vielleicht auch die Bezugnahme des Pomponius auf die massa confusa. Wohl mit Rücksicht darauf haben die Neueren unter der ferruminatio das Zusammenschmelzen zweier metallener Körper oder auch das sog. Anschweissen verstanden [2]). Beides ist unrichtig; denn wie bereits Göppert gezeigt hat [3]), war die erstere Procedur den Alten überhaupt unbekannt, während sie die letztere nur in Anwendung auf Eisen kannten. Dazu kommt, dass auch sonst aus anderen Gründen vom Anschweissen eines doch hohl gegossenen Armstückes — wenn man nur an Metallstatuen denkt — an die ebenfalls hohl gegossenen übrigen Stücke unmöglich die Rede sein kann. Das ist technisch unausführbar.

---

[1]) Wie aus Seneca nat. quaest. 2. 2. 3; 2. 26. 3 hervorgeht, war das Zusammenhängen unitate sua das Characteristische des unitum. Daher dürfen wir wohl auch den Ausdruck unitate consumi als einen typischen ansehen.

[2]) Siehe die Citate bei Göppert, Ueber ferruminare u. s. w. S. 9 fg.

[3]) A. a. O.

Wir müssen daher bei der confusio an etwas anderes denken. Es ist gar nicht nöthig, dass darunter technisch ein wirkliches Ineinanderfliessen beider Körper, wenn auch nur an den Endpunkten beziehungsweise Endflächen gemeint sei. Es kann darunter auch sehr wohl Verbindung durch blosse Adhäsion, durch ein derartiges Ankleben[1]) verstanden werden, dass das hinzugekommene Stück mit dem anderen zusammen in der Verbindung einheitlichen Character hat, wenigstens äusserlich als eine Einheit erscheint. Ob Gleichartigkeit des Materials vorausgesetzt war, wird nirgends gesagt; dessenungeachtet möchte ich es doch als Regel (mit Ausnahme von Statuen)[2]) bejahen, weil dies meines Erachtens wenigstens regelmässig der einheitliche Character, die früher erwähnte unitas, zu fordern scheint.

Bestätigt wird der supponirte Character der ferruminatio durch Betrachtung antiker Statuen; gerade betreffs dieser wird von ferruminatio gesprochen, so dass wir doch wohl annehmen dürfen, dass sie durch Verwendung der ferruminatio hergestellt wurden[3]). Grössere Broncestatuen, wie z. B. die Reiterstatue Nero's im Museo nazionale in Neapel u. A., sind nicht im Ganzen gegossen, sondern aus mehreren Stücken zusammengesetzt. Diese Zusammensetzung erscheint wenigstens äusserlich als ein Zusammenkleben, wenn die Stücke auch vielleicht auf der Innenseite durch Schrauben u. dgl. zusammengehalten sind. Solche Verbindung dürften wir uns wohl unter der ferruminatio zu denken haben und sie ist wohl auch gemeint, wenn davon gesprochen wird, dass solcher schadhaft gewordenen Statue ferruminatione der ihr fehlende Arm angesetzt wird. Die gleiche Erscheinung tritt uns

---

[1]) Darüber, dass dies die Bedeutung von ferruminare gewesen, siehe die Citate bei Göppert a. a. O. S. 19 fg.

[2]) Siehe unten S. 8. 9.

[3]) Vgl. H. Blümer, Technologie und Terminologie der Gewerbe und Künste bei den Griechen und Römern. IV., S. 162 fg.

aber auch bei Marmorstatuen, Marmorcandelabern u. dgl. entgegen. Auch diese sind regelmässig nicht aus einem Block hergestellt, sondern aus mehreren Stücken zusammengesetzt. Bei manchen derselben, wie z. B. bei der farnesischen Stiergruppe, bei der Laokoongruppe u. s. w. wäre es wohl kaum möglich, selbe aus einem Stück herzustellen. Sie sind, ich finde keinen anderen Ausdruck, aus mehreren Stücken zusammengeleimt, was bei näherer Betrachtung sofort erkennbar ist. Auch diese Verbindung ist meines Erachtens als ferruminatio zu bezeichnen. Das Wort ferruminare steht dem nicht entgegen, da es nicht von ferrum abstammt, auch von der Verbindung silberner und goldener Stücke gebraucht wird [1], synonym mit agglutinare, conglutinare ist und wie schon oben bemerkt wurde, eine Verbindung durch Adhäsion, Kleben, bezeichnet [2].

Demnach dürfte das Material der Stücke, welche so verbunden sind, für den Begriff ferruminatio gleichgiltig sein und derselbe auch dort anwendbar sein, wo es sich um Ergänzung elfenbeinener, hölzerner Statuetten u. dgl. handelt. Entscheidend scheint mir nur, dass die Verbindung das dadurch Hergestellte wenigstens äusserlich als unitas, als Einheit erscheinen lässt. Dass solche Verbindung eine gewisse Festigkeit, möglichstes Verdecken der commissurae, Fugen, involvirt, scheint mir danach selbstverständlich; wo diese Einheitlichkeit fehlt, dort keine ferruminatio, wie meines Erachtens regelmässig dort, wo verschiedenartige Körper verbunden sind, z. B. einer Marmorstatue ein Bronceschwert oder solche Lanze in die Hand gegeben ist u. dgl. Diese Dinge bilden mit dem menschlichen Körper überhaupt kein unitum und stellen ein solches auch nicht vor, sind auch dem lebenden Menschen gegenüber selbständige Sachen. Verschieden

[1]) l. 27 pr. D. de A. R. D. 41. 1.; Plin. hist. nat. lib. 33. c. 5; lib. 27. c. 4.

[2]) Göppert, a. a. O. S. 12 fg.; S. 19 fg. Ueber die Schreibweise ferruminatio, ferruminare S. 12 fg.

davon ist meines Erachtens der Fall, wo die Figur selbst, wie es ja häufig geschah, aus verschiedenfarbigen Marmorarten zusammengesetzt war. Denn dann stellt die Figur wenigstens ein unitum vor, weshalb meines Erachtens, nur keine commissura vorausgesetzt, die Grundsätze der ferruminatio zur Anwendung kommen [1]).

Es bedarf kaum der Bemerkung, dass ferruminatio nicht bloss bei Statuen, sondern, wie schon Ermann [2]) richtig bemerkt hat, auch bei anderen Kunstganzen vorkam. Wird doch z. B. auch ferruminatio eines scyphus u. dgl. erwähnt [3]). Ermann scheint mir nur darin zu weit zu gehen, dass er die ferruminatio bloss auf Reparatur von Kunstganzen durch Hinzufügung eines Ersatzstückes u. dgl. beschränkt.

Das Vorstehende gibt uns auch den Fingerzeig für die heutige Anwendung der die ferruminatio betreffenden Rechtssätze. Mag auch die Technik eine andere geworden sein, so werden wir heutzutage dort, wo noch Römisches Recht zur Anwendung kommt, juristisch doch jede Verbindung als ferruminatio behandeln, die darauf ausgeht, das Product als »einheitliches« erscheinen zu lassen. Dies wird gewöhnlich (Statuen ausgenommen) Gleichartigkeit des Materials oder doch solche Aehnlichkeit desselben voraussetzen, welche den Eindruck des Einheitlichen nicht stört. Ich denke dabei an solche Fälle, wo z. B. ein Gegenstand aus Schildkrot durch Schildkrotimitation, einer aus Elfenbein durch ein Stück aus anderem, aber ähnlichem Bein ergänzt wird u. dgl.

Verschieden von der ferruminatio ist in rechtlicher Hin-

---

1) Die juristische Behandlung dieser Fragen steht unter dem Einfluss der stoischen Lehre und hat einen vorwiegend theoretischen und doctrinären Character. An Schwierigkeiten ihrer Durchführung in der Praxis hat es gewiss nicht gefehlt, leider sind wir darüber wenig orientirt, so dass wir auch gar nicht anzugeben vermögen, welche von der Theorie abweichende Concessionen die Praxis erzwungen hat.

2) A. a. O. S. 218.

3) l. 27 pr. D. de A.R.D. 41. 1.

sicht die adplumbatio. Dasjenige, was plumbatura zu einer anderen Sache hinzutritt, wird zwar auch Theil derselben, untersteht dem an letzterer haftenden Eigenthum, ist in der Vindication derselben inbegriffen [1]) u. s. w., bleibt aber trotz der Verbindung doch ein besonderes Sachcorpus, das Gegenstand eines besonderen Eigenthums ist, dem zufolge es mittelst actio ad exhibendum und rei vindicatio aus der Verbindung gezogen, von dieser befreit werden kann [2]).

So zweifellos die juristische Wirkung der adplumbatio ist, so unsicher ist wieder ihr technisches Wesen. Wir stehen hier vor demselben Räthsel wie bei der ferruminatio. Was ist adplumbatio? Viele verstanden darunter das Anlöthen [3]); dass dieses jedoch eher eine Art der ferruminatio war, ergibt die obige Darstellung. Göppert denkt an die Verbindung zweier Körper durch bleierne Klammern und Bleiguss [4]), während Dernburg [5]) unter Berufung auf Conze unter adplumbatio nur die letztere Art der Verbindung versteht. Meines Erachtens kommt es, wie auch wohl schon Göppert annimmt, juristisch hier wie dort nicht so sehr auf das Verbindungsmittel oder die Verbindungsart, als vielmehr auf das Verbindungsresultat an. Ist dieses eine einheitliche oder sich trotz der Zusammensetzung doch als solche gebende Sache, so liegt ferruminatio [6]) — ist dieses dagegen ein sich auch schon äusserlich »für das Auge« als compositum gebender Gegenstand, so liegt adplumbatio vor. Während dort keine

[1]) Gerade in dieser Hinsicht erwähnt Paulus das plumbare in l. 27 pr. D. h. tit. 41. 1 und stellt es mit dem ferruminare auf gleiche Stufe, weil die Vindication des scyphus sowohl den ferrumine, als auch den plumbatura verbundenen Theil ergreift. Dass sie im Uebrigen verschieden wirkt, spielt hier keine Rolle.

[2]) l. 23, §. 5 D. de R. V. 6. 1.

[3]) Siehe die Citate bei Göppert, a. a. O. S. 32.

[4]) A. a. O. S. 32 fg.

[5]) Pandekten (5. Aufl.) I. §. 209, S. 494, Note 7.

[6]) Dernburg a. a. O.

commissura vorhanden ist, oder wenn vorhanden, nach Möglichkeit wenigstens für das Auge verdeckt wird, ist sie hier ersichtlich; während dort regelmässig eine Verbindung gleichartiger Stücke vorliegt, können hier stofflich ungleichartige Körper mit einander verbunden sein. Ist eine Statue auf dem Piedestal, auf dem Grabmonument u. dgl. durch Bleiguss, Zapfen u. dgl. befestigt[1]), wird der Fuss eines Bechers mit Blei ausgefüllt[2]), wird eine Sache, z. B. ein Spazierstock, aus Holz und Elfenbein zusammengesetzt, so finden die für plumbatura geltenden Rechtssätze Anwendung[3]). Dass diese von der Rechtswirkung der ferruminatio wesentlich abweichen, ergibt die bisherige Darstellung. Doch wird es nicht überflüssig sein, hier hervorzuheben, dass diese Differenz nur die Accessionsfälle betrifft, diese werden rechtlich verschieden behandelt, je nachdem es sich um ferruminatio oder adplumbatio handelt. Liegen Coordinationsfälle vor, so verschwindet der juristische Unterschied, indem die ferruminatione bewirkte coordinative Verbindung das Eigenthum ebenso wenig tangirt, wie die plumbatura vermittelte. In beiden Fällen bleibt jeder Eigenthümer seiner Sache, kann diesbezüglich actio ad exhibendum anstellen u. dgl.[4]).

---

[1]) l. 2 D. de sepulc. viol. 47. 12: — statua adplumbata (monumento): Göppert a. a. O. S. 11.

[2]) l. 27 pr. D. h. tit. 41. 1. Vgl. l. 17, §. 8 D. d. A. E. V. 19. 1: — epitonia fistulis adplumbata. Göppert, a. a. O. S. 35. 37.

[3]) Jede solche Verbindung stofflich ungleichartiger Körper (auch die sichtlich unterscheidbarer Holzstücke) subsumire ich unter die Grundsätze der plumbatura. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Verbindung gleichartiger Körper nicht als plumbatura zu behandeln sei. Auch sie ist juristisch plumbatura, wenn die Sache sich schon als compositum gibt, und nicht ein unitum wenigstens vorstellt. Letzteres ist meines Erachtens der Fall bei dem künstlich aus mehreren Stücken hergestellten »Naturstock«, ersteres bei jedem Möbelstück.

[4]) l. 27, §. 2 D. h. tit. 41. 1; l. 23, 5 D. d. R. V. 6. 1.

II. Ueber plantatio und satio.

A. Bekanntlich wird die planta erst durch das radices agere oder coalescere Bestandtheil des Grundes und Bodens; bei den frumenta und Aehnlichem wird jedoch stets nur das serere, die satio, erwähnt. Vom radices agere oder vom coalescere ist dort, wo satio in Frage steht, nicht die Rede [1]. Gleichwohl nehmen die Meisten an, dass auch bei der satio das radices agere oder coalescere subintelligirt werden muss. So von der Glosse [2] an bis auf Windscheid [3], Dernburg und Bechmann [4]. Der Grund dieser communis opinio, die einen quellenmässigen Anhaltspunkt nicht hat, liegt meines Erachtens nur in einem Missverständniss des: Qua ratione, welches in l. 9 pr. D. de A.R.D. 41. 1 und im §. 32 J. de R.D. 2. 1 vorkommt.

[1]) Gai. 2. 74 sq.; l. 9 pr. D. de A.R.D. 41. 1; l. 25, §. 1. 2. D. de usur. 22. 1; §. 32 J. de R.D. 2. 1; l. 11 C. d. R. V. 3. 32.

[2]) Glossa zu l. 9 pr. D. h. tit. 41. 1. v.: consevit: idem si planta vel frumentum coaluit; zu §. 32 J. h. tit. 2. 1. v.: qua ratione und consevita; zu l. 7, §. 10. D. h. tit. 41. 1. v. adificaverit: Quidquid plantatur, sertur vel inaedificatur, omne solo cedit, radices si tamen egerit. Landsberg, Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. 1883. S. 241 fg.

[3]) L. d. Pandektenrechts I. §. 188 b: »Das Eingepflanzte oder Eingesäete gehört sobald es Wurzel geschlagen hat dem Eigenthümer des Grundstücks.«

[4]) Z. L. v. Eigenthumserwerb durch Accession S. 22, Note 4. Uebereinstimmend: Donellus comm. IV. c. 34. §. 1: secunda species accessionis propositae est arborum, plantarum, seminum alienorum —, haec prius quam radices egerint, prioris domini manent.; Sintenis, Civilrecht I. §. 50, S. 504; Puchta, Vorlesungen I. §. 156, Nr. 2; Wächter, Pandekten I. §. 133, Beilage IV. S. 128; Wendt, Pandekten §. 132, S. 353. Desgleichen auch die Motive z. d. C.G.B. E. III. S. 46, 47: »Das Römische Recht scheint auch hier, der natürlichen Anschauung folgend (?) (beim Samen), das Wurzelfassen als nothwendige Voraussetzung der Bestandtheilseigenschaft vorauszusetzen«. Dazu wird citirt Windscheid a. a. O. I. §. 188 b. Diese stellen ausdrücklich die satio der plantatio gleich. Stillschweigend ohne die satio besonders zu erwähnen thun dies: Arndts, Pandekten §. 152; Brinz, Pandekten I. S. 558; Dernburg a.a.O. I. §. 208, Nr. 2; Baron, Pandekten §. 139, Nr. 2.

Im §. 31 J. de R.D. 2. 1., bezw. in den Schlusspartien der l. 7 D. de A.R.D. 41. 1, als deren Fortsetzung die l. 9 pr. D. eod. erscheint[1]), ist die Rede von der planta; von dieser wird gesagt, dass sie dadurch ins Eigenthum des Grundeigenthümers falle: si modo — — radices egerit. So lange das nicht geschehen ist, illius permanet cuius et fuit. Nachdem dann der Jurist (Gaius) daraus eine Consequenz bezüglich des arbor in confinio gezogen hat, geht er zur satio über mit den Worten: Qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelleguntur. Dabei ist sofort bemerkenswerth, dass die Wirkung: solo cedere nur an das factum des serere, nur an das satum esse geknüpft ist, und dass von dem radices agere keine Erwähnung gemacht wird. Gleichwohl verlangt man es auch hier, indem man dem Qua ratione die Bedeutung beilegt, dass dadurch das radices agere, coalescere, welches unbestritten bei der plantatio Voraussetzung des Erwerbes ist, auch hier bei der satio zur Voraussetzung des Erwerbes erhoben werden soll. Anders ausgedrückt: man bezieht das Qua ratione auf den thatsächlichen Vorgang, der bei der planta zum solo cedere bezw. zum meum esse führt, indem man darin zugleich auch den rechtlichen Grund dieser Wirkung sieht — und verlangt denselben thatsächlichen Vorgang auch bei dem serere, auch hier soll demgemäss das solo cedere erst mit dem coalescere eintreten, weil wie bei der plantatio der Grund dieser Rechtswirkung in der dadurch bewirkten Assimilirung gelegen sei. Allein so nahe liegend auch diese Auffassung ist, so ist sie doch unrichtig.

Dies geht schon aus dem Inhalt der betreffenden Stellen selbst hervor. In jeder derselben wird nämlich der Thatbestand, welcher die Voraussetzung der Rechtswirkung: solo cedere bildet, für plantatio und satio abgesondert angegeben;

---

[1]) Lenel, Palingenesia I. p. 252 fg. Nr. 491.

plantatio und satio werden neben einander gestellt, bei der ersteren, und zwar nur bei dieser, die Rechtswirkung an das radices agere, das terra coalescere, bei der letzteren dagegen schon an das serere, an das satum esse, geknüpft. Das terra coalescere auch auf die satio zu beziehen, ist unzulässig, da hier die satio geradezu von der plantatio unterschieden wird. Verbunden sind beide nur dadurch, dass dieselbe Rechtswirkung, welche dort erst durch das coalescere, hier schon durch die satio herbeigeführt wird, da wie dort eadem ratione erfolgt. Dass diese eadem ratio nicht, wie allerdings die Meisten annehmen, in dem terra coalescere gelegen sein kann, zeigt schon ein Blick auf die Stelle. Nach dieser gilt das coalescere nur für die planta und nicht auch für die Fälle der satio; bei dieser besteht der thatsächliche Vorgang, der das solo cedere zur Folge hat, nur in dem serere, folgeweise kann die eadem ratio im Sinne unserer Stellen auch gar nicht den thatsächlichen Vorgang bedeuten, der zum solo cedere führt, sondern muss etwas Anderes bedeuten. Dieses Andere ist der Rechtsgrund, der da wie dort zum solo cedere, meum esse führt. Welcher ist aber dieser Rechtsgrund?

Die Antwort darauf ist nicht schwierig, wenn man die dem liber secundus rerum cottidianarum des Gaius entnommenen Stellen im Zusammenhang betrachtet. Es sind dies: l. 1. 3. 5. 7 und 9 D. de A.R.D. 41. 1 [1]). Thut man dies, so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, dass unter der ratio, welche die l. 9 pr. D. h. tit. erwähnt, dieselbe verstanden werden muss, von welcher Gaius in den vorgehenden Stellen öfter Erwähnung thut, auf welche er alle die verschiedenen von ihm behandelten Erwerbsarten zurückführt. Diese ratio ist aber keine andere, als die ratio naturalis oder (wenigstens im Sinne des Gaius) das ius gentium. Das geht aus l. 1

---

[1]) Lenel l. c.

D. h. tit. 41. 1 klar hervor, woselbst Gaius den Gegensatz des Erwerbs iure civili und iure gentium, welches ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, als Leitfaden für seine Darstellung der Erwerbsarten hervorhebt. Das, was iure gentium erworben wird, wird ihm ratione naturali erworben. Zu diesem auf der ratio naturalis beruhenden, diese realisirenden Erwerb gehört nach der Darstellung des Gaius sehr Verschiedenes: die Occupation l. 3 D. h. tit., das, was ex hostibus capitur l. 5 §. 7 D. h. tit., der Erwerb durch alluvio (iure gentium) l. 5 §. 7 D. cit., der alveus derelictus l. 7 §. 5 D. h. tit., die Specification (naturali ratione) l. 7 §. 7 D. eod., desgleichen der Erwerb der plantae, ebenso aber auch der uns hier interessirende Erwerb der frumenta durch satio, ausserdem aber auch die Accession der Schrift, endlich sogar auch der Erwerb durch traditio. Alle diese sonst sehr verschiedenen Erwerbsfälle beruhen nach Gaius auf der naturalis ratio (d. h. auf dem ius gentium), erfolgen also sämmtlich eadem ratione. Folgeweise bedeutet der Passus Qua ratione in l. 9 pr. D. h. tit. 41. 1 auch nur, dass gerade so wie die plantae durch das coalescere iure naturali solo cedunt, das Gleiche auch betreffs der frumenta ebenfalls iure naturali durch die satio bewirkt werde, ius naturale somit da wie dort die Basis der Rechtswirkung bilde. Mit der Gleichheit des thatsächlichen Vorgangs hat der Passus trotz der communis opinio nichts zu thun; ungeachtet der Verschiedenheit desselben erfolgt der Erwerb in allen diesen Fällen doch eadem ratione d. i. ratione naturali!

Wenn diese Interpretation, die ich für unanfechtbar halte, noch einer Stütze bedürfte, so bietet diese Gaius 2. 65 sq. Dort finden wir dieselbe Unterscheidung zwischen Erwerb iure civili und iure naturali, für welch letzteren Ausdruck auch hier ab und zu, ebenso wie in den oben citirten Stellen, die Worte ratio naturalis gebraucht werden, so dass gar kein Zweifel darüber bestehen kann, dass beide Ausdrücke: iure natuarli

und ratione naturali von Gaius als gleichbedeutende verwendet werden. Iure naturali = naturali ratione geschieht aber auch in Gai. 2. 65 sq. der Erwerb, welcher traditione, occupatione, durch capere ex hostibus, alluvione, aedificatione, plantatione, satione, scriptura und specificatione erfolgt. Hier wie dort hat das Wort ratio dieselbe Bedeutung. Dass es insbesondere denselben thatsächlichen Vorgang nicht bezeichnen kann, beweist klar Gai. 2. 74 sq. Wenn irgendwo, so ist hier obige Auffassung ersichtlich.

Nachdem nämlich Gaius im §. 73 gesagt hat: — quod in solo nostro — — aedificatum est — — iure naturali nostrum fit, fährt er im §. 74 fort: Multo magis id (das heisst doch unzweifelhaft iure nostrum fieri) accidit et in planta — — si modo radicibus terram complexa est. Dann sagt er: idem contingit et in frumento quod in solo nostro — satum fuerit —. Hier kann doch das idem nur die Rechtswirkung, d. h. das iure naturali nostrum fieri bedeuten, und kann auf die Gleichheit des thatsächlichen Vorgangs unmöglich bezogen werden. Im Gegentheil sind auch hier zahlreiche, gerade durch den thatsächlichen Vorgang unterschiedene Fälle, wie aedificatio, plantatio, satio u. s. w. deswegen zusammengefasst, weil sie das gemeinsam haben, dass in allen ein iure naturali nostrum fieri eintritt. Daraus ist meines Erachtens deutlich zu ersehen, dass die satio das radices agere nicht verlangt; wäre das der Fall, so hätte Gaius nicht so schreiben können, er hätte dann Unrichtiges geschrieben. Gewiss wäre das auch bei ihm möglich, allein dann müsste für die Annahme solcher Unrichtigkeit ein Anhaltspunkt vorliegen. Freilich will man einen solchen in der l. 9. pr. und im §. 32 citt. finden, die aber die bekämpfte Gai. 2. 65 sq. widersprechende Deutung nur dann unterstützen, wenn man dem Qua ratione eine Bedeutung beilegt, die es nach dem ganzen Zusammenhang der Stellen gar nicht hat und auch gar nicht haben kann. Lässt man diese Deutung, wie man wohl muss,

fallen, so harmoniren l. 9. pr. und §. 32 citt. vollständig mit Gai. 2. 65 sq., indem auch sie klar und deutlich das radices agere nur bei den plantae und nicht bei den frumenta fordern. Bei diesen genügt nach jeder dieser Stellen die blosse satio [1]).

Das allein ist auch practisch. Bei Pflanzen, die schon für sich bestehen und in fremden Grund verpflanzt werden, hat es einen Sinn, das radices agere als Voraussetzung des solo cedere aufzustellen. Bei Saatgetreide dagegen — und von diesem allein wird gesprochen — wäre das sinnlos! Soll ich noch Eigenthümer der bereits ausgesäten Getreidekörner sein? soll ich selbe noch vindiciren können? soll ich selbe aus dem Acker wieder heraussuchen? Alles das wäre unpractisch; hier ist vielmehr mit Vollendung der Saat [2]), ohne Rücksicht, ob die Saatkörner bereits zu keimen begonnen haben oder nicht, das frumentum, und zwar iure naturali, schon pars fundi geworden [3])! Das allein ist practisch brauchbar; die communis opinio ist sinnlos, da sie zur satio noch ein Thatmoment hinzufügt, auf das es practisch niemals ankommen kann, das aber besonders zu betonen auch noch deswegen ganz überflüssig ist, weil es ohnedies meistens binnen kürzester Zeit nach der satio eintreten wird!

Die Frage ist jetzt nur noch die, wann ist das serere, die satio, vollendet? Dies ist eine wirthschaftlich-technische

---

[1]) So schon: Mühlenbruch, L. d. Pandektenrechts II. §. 256; ganz besonders aber Pagenstecher, d. röm. L. vom Eigenthum; II. S. 147; wohl auch bereits Voet, Com. V. lib. 41. tit. 1: — implantata et sata solum sequuntur, si modo radices egerint plantata. Bloss das Aussäen verlangen das preuss. L.R. I. 9. §. 275; das sächsische C.G.B. §. 285; das bürgl. G.B. für das Deutsche Reich §. 94.

[2]) Pagenstecher a. a. O.: »Der Zeitpunkt des vollendeten Ausstreuens bewirkt schon den Beginn der Ernährung durch den Boden.«

[3]) Eine Analogie dafür bietet die alluvio, bei der ja auch blosse Anschwemmung genügt. Dagegen verlangt die avulsio das coalescere, sei es, dass die auf dem avulsum stehenden Bäume, Pflanzen mit dem Grundstück verwachsen, sei es, dass die auf letzterem befindlichen Bäume, Sträucher u. s. w. ihre Wurzeln in das avulsum treiben.

Frage, die aber, wie gezeigt, juristische Bedeutung hat, da die Rechtswirkung: fundo cedit nur an die Vollendung dieses wirthschaftlichen Actes geknüpft ist. Dem wirthschaftlichen Vorgang entsprechend werden wir zur satio Folgendes verlangen müssen:

1. das Ausstreuen des Saatkorns in den dazu bereiteten (umgepflügten, umgestochenen u. s. w.) oder sonst dazu geeigneten Grund und Boden; ausserdem aber

2. auch noch, wenigstens beim Getreide, das Zudecken des Saatkorns mit Erdreich, welches durch Ein- oder Zuackern, Zueggen u. s. w. geschieht. Auch nach Römischem Recht hat daher der Umstand, dass die Egge über das Feld gegangen ist, seine juristische Bedeutung, aber doch eine andere, als nach deutschem Recht; denn während dort dadurch die Saat dem Besteller des Ackers erworben ist, ist dadurch hier die Saat Bestandtheil des Grundstücks geworden und ins Eigenthum des Grundeigenthümers gekommen.

Das von der satio Gesagte bezieht sich nach dem Wortlaut der Quellen zunächst auf frumenta, d. h. auf das Saatgetreide. Doch darf es darauf nicht beschränkt werden. Sicher ist es überall dort anzuwenden, wo ein Säen im Gegensatz zum Pflanzen vorkommt. Folgeweise werden wir die Bestimmung über satio zur Anwendung bringen; beim Säen von Gras, Blumen, Rüben, Erbsen, Bohnen u. s. w., aber wohl auch der Kartoffel, indem ja auch der hier übliche Vorgang noch als Saat bezeichnet wird (Saatkartoffel), kurz überall dort, wo nicht eine schon entwickelte Pflanze, wäre selbe auch noch so zart, sondern bloss ein Keim in den Grund und Boden versenkt wird, aus dem sich erst die Pflanze entwickeln soll. Deshalb dürfte auch das Ausstecken von Blumenzwiebeln wohl noch als satio zu behandeln sein. In allen diesen Fällen ist die unitas des Saatkorns mit dem Grundstück hergestellt, sobald das zur Saat wirthschaftlich-technisch Erforderliche vollendet ist.

Zum Schluss nur noch die Bemerkung, dass für uns nur die juristische Unterscheidung zwischen plantatio und satio die Hauptsache ist, welche darin besteht, dass zwar dort, nicht aber hier zum solo cedere noch ein radices agere, coalescere gefordert wird. Diese Unterscheidung zweier verschiedener juristischer Thatbestände mit gleicher Rechtswirkung müssen wir festhalten. Die Abgrenzung im Einzelnen wird hie und da Schwierigkeiten bieten, indem es an Zweifelsfällen nicht fehlen wird. Für die Lösung derselben, ob juristisch plantatio oder satio, kann nur der wirthschaftliche Vorgang und die Anschauung des Lebens massgebend sein. In diesem Sinne mag das Vorstehende als blosser Abgrenzungsversuch angesehen werden, der vielleicht mancher Correctur unterliegen dürfte. Die principielle Unterscheidung zwischen plantatio und satio dagegen scheint mir nach Römischem Recht unanfechtbar.

B. Fasst der in ein fremdes Grundstück verpflanzte Baum in demselben Wurzel, wird Saatgetreide auf einem fremden Grundstück ausgesäet, werden Schotter, Schlamm, Dünger, Erdreich auf einem fremden Grundstück ausgebreitet und diesem assimilirt, so werden alle diese Dinge Bestandtheile des fremden Grundstückes und gehen dadurch ihrem bisherigen Eigenthümer definitiv verloren. Andererseits erfährt durch solche Vorgänge das fremde Grundstück einen Zuwachs, der in den meisten Fällen als irgendwelche Melioration dieses Grundstückes anzusehen sein wird. Deshalb entsteht die Frage, ob nicht der frühere Eigenthümer der Sachen, welche durch die erwähnten Vorgänge zum Vortheil des fremden Grundstückes Bestandtheile desselben geworden sind, diesbezüglich einen Anspruch stellen kann, sei es auf Ersatz des ihm erwachsenen Nachtheils, sei es auf Lostrennung und Herausgabe der Accessionen, sofern eine solche möglich ist. Die Beantwortung dieser Frage unter Berücksichtigung der Hauptfälle soll in dem Folgenden versucht werden.

1. Liegt der Fall der plantatio — Hauptfall: Versetzung eines Baumes in ein fremdes Grundstück — vor, so muss unterschieden werden, ob der verlusttragende Pflanzeneigenthümer sich im Besitze dieses Grundstückes befindet, dessen Accession die Pflanze geworden ist, oder nicht.

a) Ist er im Besitze dieses Grundstückes, so hat er der rei vindicatio und Publiciana des Grundstückeigenthümers gegenüber die Stellung des Beklagten und kann als solcher, wenn er bonae fidei possessor ist, vermittelst der exceptio doli Ersatz der Wertherhöhung des Grundstückes bis zum Betrage des Werthes der Pflanzen im Momente der plantatio erlangen [1]). Ist er malae fidei possessor, so frägt es sich, ob ihm nicht wenigstens ein ius tollendi zustehe. Aber selbst dieses ist zu verneinen; denn da die Pflanze durch das coalescere zu einer anderen geworden ist, als sie vordem war, so kann er das, um was er durch die plantatio gekommen ist, nicht mehr wegnehmen, weil es überhaupt gar nicht mehr besteht [2]). Für eine besondere Ersatzklage ist beim malae fidei possessor kein Grund vorhanden; ob dem bonae fidei possessor, der von der exceptio doli keinen Gebrauch gemacht hat, eine solche zustehe, hängt davon ab, ob man in solchen Fällen eine condictio für zulässig hält, was wohl schwerlich allgemein bejaht werden wird.

b) Wie aber dann, wenn sich der frühere Pflanzeneigenthümer nicht im Besitze des Grundstückes befindet? Hat er dann des Sach- und Eigenthumsverlustes wegen, den er erlitten, eine besondere Klage, und welche?

α) Besteht zwischen ihm und dem Besitzer des Grundstückes ein Pachtverhältniss, so hat er wegen der von ihm vorgenommenen Anpflanzungen nicht bloss eine Einrede gegen

[1]) l. 88 D. d. R. V. 6. 1.

[2]) Darauf bezieht sich l. 53 D. de R. V. 6. 1; Wächter a. a. O. II. S. 128; l. 9 D. de imp. 25. 1.

die Zinsklage des Verpächters [1]), sondern, wenn er sich Ersatz besonders bedungen hat, auch die actio conducti [2]). Darüber hinaus hat er einen Anspruch nur dann, wenn ein solcher, abgesehen vom Pachtverhältniss, begründet ist.

β) Dies ist entschieden dann der Fall, wenn der Verpflanzung ein furtum zu Grunde liegt. Dann hat der Pflanzeneigenthümer, als der cuius interest furtum factum non esse gegen den fur (und nicht gegen den Grundeigenthümer) die actio furti [3]) und condictio furtiva [4]). Nach Umständen hat er ferner mit letzterer concurrirend aus dem Titel: dolo malo desiit possidere noch die actio ad exhibendum gegen den, der die ihm gehörigen Pflanzen wissentlich verpflanzt und dadurch als selbständige Sachen vernichtet hat [5]). Ist dieser bloss culpos vorgegangen, so hat der frühere Pflanzeneigenthümer gegen ihn eine actio legis Aquiliae utilis [6]). Fraglich ist es aber, ob ihm im Falle wissentlicher, doloser Verpflanzung gegen den Thäter auch noch die rei vindicatio aus dem vorerwähnten Titel des dolo desinere possidere zustehe.

Die herrschende Ansicht, welche die rei vindicatio auch im Falle doloser Vernichtung der Sache zulässt, muss diese Frage bejahen [7]). Die Gründe, die man für die Zulässigkeit einer solchen rei vindicatio anführt, sind im Wesen zwei: das Vorbild der hereditatis petitio und das der actio ad ex-

---

[1]) l. 61 D. locat. 19. 2.

[2]) l. 55 §. 1 D. d. A. E. V. 19. 1.

[3]) l. 25 §. 2; l. 26 §. 1; l. 58. (57); l. 68. §. 5 D. d. furt. 47. 2; cf. l. 52. §. 8; l. 62. §. 8 D. eod.

[4]) l. 8. §. D. 3 arb. furt. caes. 47. 7.

[5]) l. 23. §. 5 D. de R. V. 6. 1; l. 5. 15 D. ad exh. 10. 4; vgl. l. 8. 9. D. eod.

[6]) l. 27. §. 19; l. 30. §. 2. D. ad l. Aq. 9. 2.

[7]) Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 318 Note 5; Glück, Comm. VII. §. 565, S. 528; VIII. S. 204 fg. (der die rei vindicatio in dieser Anwendung allerdings als utilis bezeichnet); Wächter a. a. O. II. S. 173, 181; Windscheid a. a. O. I. §. 193 Nr. 8; Pernice, Labeo II. S. 256; Dernburg a. a. O. I. §. 225, S. 534.

hibendum [1]). Zweifellos finden diese zwei Klagen auch nach doloser Vernichtung der Sache Anwendung. Folgeweise, schliesst man, müsse in diesem Falle dann auch die rei vindicatio zulässig sein. Allein dieser Schluss ist meines Erachtens unhaltbar. Denn ist die Sache, um die es sich handelt, vor der Litiscontestation vernichtet worden, so ist zur Zeit derselben das Fundament der rei vindicatio: rem actoris esse, entschieden nicht mehr wahr [2]). Am Fundament der Klage ist aber durch Herbeiziehung des Dolus nichts geändert, am allerwenigsten ist es dadurch aufgegeben. Dieses Umstandes wegen scheinen Manche anzunehmen, dass die rei vindicatio gegen den qui dolo desiit possidere eine utilis sei [3]), was ganz unrichtig ist. Dem erwähnten Mangel des Fundaments der Klage gegenüber vermögen die oben angedeuteten Argumente nichts zu beweisen. Denn das Fundament der hereditatis petitio: hereditatem meam esse ist auch nach der vom Beklagten vorgenommenen dolosen Vernichtung einzelner Sachen noch immer zutreffend. Die actio ad exhibendum endlich erwähnt in ihrer Formel ja selbst des dolo malo desiit possidere, ist zudem obligatorischer Natur und setzt Eigenthum des Klägers im Augenblicke der Litiscontestation gar nicht nothwendig voraus [4]).

Allerdings ist die Statthaftigkeit der Klage gegen den qui dolo malo desiit possidere von der hereditatis petitio her auf die rei vindicatio übertragen worden. Da nun dort unter dem desiit possidere entschieden auch die Vernichtung begriffen ist, so müsse das Gleiche wohl auch bei der rei vindicatio der Fall sein. Allein so scheinbar dies Argument auch ist, so ist es doch nicht zutreffend. Denn die Uebertragung des si dolo malo desiit possidere auf die rei vindicatio ist

---

[1]) l. 9. pr. §. 2 D. ad exh. 10. 4.

[2]) extinctae res vindicari non possunt. §. 26 J. de R. D. 2. 1.

[3]) So Glück a. a. O.

[4]) Lenel, Edictum §. 90. S. 173 fg.

doch nur so weit möglich, als sie mit deren Fundament vereinbar ist; das ist aber gerade in der hier behandelten Richtung durchaus nicht der Fall. In Berücksichtigung des Fundaments müssen wir bei der rei vindicatio zwei Fälle unterscheiden:

αα) Ist die Sache durch Dolus des Beklagten vor der L.C. untergegangen, so kann die rei vindicatio keine Anwendung finden;

ββ) während eine Haftung des Beklagten allerdings dann eintritt, wenn er die Sache nach der L.C. dolo malo vernichtet hat, weil hier das Fundament der Klage rem actoris esse im Momente der L.C. doch noch vorhanden war.

Gar nichts beweist l. 30, §. 4, D. d. A. P. 41. 2, welche Wächter[1]) heranzieht, diese zeigt nur, dass durch Specification Besitzverlust herbeigeführt werden kann. Ebensowenig beweist die l. 1, §. 2, D. de tig. i. 47. 3; denn dieselbe spricht nur von der actio ad exhibendum, nicht von der rei vindicatio; allein selbst wenn letzteres der Fall wäre, so würde sie doch nichts beweisen, weil ja im Falle des Verbauens von Material — wovon die Stelle handelt — das Materialeigenthum doch noch fortbesteht. Verbauen ist eben auch juristisch keine Vernichtung des Baumaterials.

Somit kommen wir zu dem Resultat, dass von einer rei vindicatio des früheren Pflanzeneigenthümers nicht einmal im Falle des dolo malo desiit possidere die Rede sein kann[2]). Wo es an einem solchen Dolus fehlt, hält auch schon die herrschende Ansicht eine rei vindicatio für ganz unmöglich, weil Kläger ja gar nicht mehr Eigenthümer sei. Merkwürdigerweise übersieht sie dabei ganz, dass dieses Argument

---

[1]) A. a. O.

[2]) Geleugnet wird jede rei vindicatio im Falle der plantatio in l. 9. §. 2 D. damni inf. 39. 2; l. 5. §. 3; l. 23. §. 5 D. de R. V. 6. 1. Allein diese Stellen leugnen auch die actio ad exhibendum, die doch sonst im Falle doloser Vernichtung zusteht, weshalb anzunehmen ist, dass auch betreffs der rei vindicatio an diese Vernichtung nicht gedacht ist.

auch im Falle des Dolus gegen die Zulässigkeit der Klage den Ausschlag geben muss.

γ) Als Surrogat für die unzulässige rei vindicatio gewährten nach einem Bericht Ulpian's in l. 5, §. 3, D. de R. V. 6. 1. die Juristen: Alfenus Varus und Nerva (wohl pater) eine utilis in rem actio [1]). Die betreffende Stelle lautet:

Ulpianus libro XVI. ad edictum: De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit, et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

Dass die rei vindicatio nach der Ansicht des Alfenus Varus durch Coalescenz ausgeschlossen ist, wird uns auch noch in einer anderen Stelle (l. 9, §. 2, D. d. damn. inf. 39. 2) berichtet. Sobald die crusta, welche auf mein Grundstück herübergefallen ist, coaluit und unitatem cum terra mea fecerit, kann sie nach Alfenus nicht mehr vindicirt werden. Ebensowenig, heisst es dort weiter, arbor vindicari potest — quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. Auch das ist wohl, wie das frühere, ein Citat aus Alfenus, jedenfalls ist dieser Ausspruch im Sinne des Alfenus. Vielleicht hat dieser dort, wo er dies sagte, zugleich ausgesprochen, dass Mangels der rei vindicatio durch eine utilis in rem actio zu helfen sei, wovon in obiger l. 5, §. 3, D. de R. V. 6. 1 die Rede ist, welche so, wie wir sie besitzen, nur von der arbor translata handelt. Dass das dabant der Stelle keine Gewährung der Klage im processualen Sinne bedeuten könne, bedarf kaum der Bemerkung. Das Ganze ist nur eine Meinungsäusserung der daselbst citirten Juristen, dahin gehend, dass dem Pflanzeneigenthümer durch eine seitens des Prätors zu gewährende decretale Klage zu helfen sei [2]). Die Ansicht

---

[1]) Zu dem Folgenden vgl. Brezzo Camillo, L'utilis actio del diritto romano, Turino 1889, und die Zeitschrift der Savigny-Stift. XII. S. 165, 166; Ermann, Beiträge zur Publiciana in derselben Zeitsch. XIII. S. 173 fg.

[2]) Ermann a. a. O. S. 214. Vgl. l. 15. §. 28. 34 D. de damn. inf. 39. 2.

des Alfenus wurde von Nerva dem Aelteren [1]) gebilligt, ob sie sonst Folge gefunden hat, wissen wir nicht. Nach mehr als zweihundert Jahren citirt sie Ulpian [2]) und stimmt ihr wohl auch stillschweigend zu. Ob aber des Alfenus Ansicht in der Praxis der Prätoren durchgedrungen war, wissen wir nicht; keinesfalls dürfte es zu einer edictalen Klage gekommen sein; zu solcher Annahme fehlt uns jeder Anhaltspunkt.

Auch über die nähere Beschaffenheit dieser in Aussicht genommenen decretalen Klage sind wir, wie begreiflich, nicht orientirt. Wir wissen nur, dass sie als eine actio in rem bezeichnet wird, daher wohl als eine gegen jeden Dritten mögliche Klage gedacht ist [3]). Immer erhielt aber diese Klage erst durch Gewährung derselben im concreten Fall Leben, und es hing natürlich ganz vom Gutdünken des Prätors ab, ob er die Gewährung derselben im concreten Fall eintreten lassen will oder nicht. Wahrscheinlich dürfte er sie wohl nur dann decretirt haben, wenn der Dritte den Baumeigenthümer nicht entschädigen wollte [4]), er aber gleichwohl Leistung einer Entschädigung für billig und angemessen hielt. So mag sie practisch im Dienste des Entschädigungszweckes gestanden haben, während sie formell als actio in rem, und zwar wohl ficticia [5]) direct auf den Baum gerichtet war, und den Process-

---

[1]) An diesen ist doch wohl zu denken; Karlowa, R.G. I. S. 485 fg.; Krüger, Rechtsquellen S. 64, 152.

[2]) In seinem lib. XVI. ad edictum (l. 5. §. 3 D. cit.), welcher bald nach 212 n. Chr. geschrieben ist; Krüger a. a. O. S. 218.

[3]) Ermann a. a. O. S. 213.

[4]) Dernburg a. a. O. I. §. 208. Note 9. Uebrigens gehen die Ansichten über die Klage aus einander: Gesterding a. a. O. S. 230 versteht unter ihr die rei v. aus dem Titel: dolo m. desiit possidere; Pagenstecher a. a. O. III. S. 35. II. S. 141 denkt an eine actio in personam in rem scripta aus dem Titel ungerechtfertigter Bereicherung, welche wegen ihrer Richtung gegen Dritte von älteren Juristen als utilis in rem formulirt wurde; Windscheid a. a. O. I. § 190 sieht darin lediglich eine Form der Geltendmachung.

[5]) Mit der Fiction: »si non coaluisset«; Rudorff edictum p. 74 Nr. 10; Lenel a. a. O. S. 146; Ermann a. a. O. S. 211.

vorschriften über actiones in rem unterlag [1]). Durch Vermittlung des arbitrium de restituendo wird die Klage wohl regelmässig zu einer Entschädigung geführt haben, es wäre denn, dass Beklagter selbst den Baum dem Kläger zur Verfügung stellte, wozu er doch wohl berechtigt war.

Dies dürfte annähernd der Zustand nach classischem Recht gewesen sein. Wie verhält sich's aber mit der actio in rem utilis nach Justinianischem Recht? Meines Erachtens ist daselbst die Ansicht des Alfenus und Nerva durch Aufnahme der l. 5, §. 3 D. h. tit. recipirt. Die Erwähnung der Klage in dieser Stelle der Justinianischen Compilation hat nicht bloss die Bedeutung einer historischen Reminiscenz; Ulpian billigt stillschweigend die Ansicht des Alfenus und Nerva, und Justinian macht Ulpian's Meinung zu der seinigen. Dadurch ist die actio in rem utilis ein ständiges Rechtsmittel des Justinianischen Rechts geworden, das seine bloss decretale Geltung verloren hat, nicht mehr nur von Fall zu Fall gewährt wird, sondern ohne weiteres und immer dem Baumeigenthümer im Falle der Translation des Baums gegen jeden Besitzer zusteht, wobei natürlich nicht an selbständigen Besitz des Baumes zu denken ist. Zu beweisen hat der Kläger, dass er ohne Coalescenz Eigenthümer des Baumes sein würde. Auch jetzt ist die Klage formell keine Entschädigungsklage, wird aber auch jetzt gewöhnlich zur Schadloshaltung führen. Eine Obligation liegt ihr nicht zu Grunde, denn eine condictio sine causa, an welche man allein denken könnte, gibt das Römische Recht in diesem Falle nicht. Die Analogie der l. 33 D. d. cond. ind. 12, 6 spricht entschieden dagegen, denn sicher fehlt es in unserem Falle an dem negotium, das die römischen Juristen auch bei den condictiones s. c. zu Grunde legen. Gerade damit hängt doch wohl auch die Abhilfe durch actiones in rem u. s. w. zusammen, auf welche in

---

[1]) Ermann a. a. O. S. 211, 213, 214, 215.

unserem und ähnlichen Fällen ausschliesslich verwiesen wird. Diese geht formell auf die Sache selbst, nicht auf die Bereicherung, bezweckt zwar Schadloshaltung, aber doch nicht auf Grund einer schon fest gestalteten obligatorischen Verpflichtung, sondern wesentlich nur aus Billigkeitsrücksichten, welche eine Hilfe für den geschädigten Baumeigenthümer verlangen.

2. Wie verhält es sich im Falle der satio? Getreidekörner des A wurden auf das Grundstück des B gesäet, A verliert in Folge dessen sein Eigenthum an diesem Saatgetreide zu Gunsten des B; wie kann Ersterem geholfen werden?

a) Ist A im Besitze des Grundstückes, so gilt auch hier das früher Gesagte. Desgleichen hat A, falls er Pächter ist und seitens des B an der Ernte gehindert wird, gegen diesen als Verpächter die actio ex conducto. Hätte er erst nach Ablauf der Pachtzeit gesäet, so könnte, falls keine Erneuerung des Pachtes vorliegt, für ihn die actio negotiorum gestorum contraria begründet sein.

b) Hat dagegen A den Besitz des Grundstückes nicht, so wird er wegen des ihm verlorenen Saatgetreides als Kläger auftreten müssen.

α) Diesbezüglich hat er gegen den, der die Getreidekörner ausgesäet hat, ebenfalls nach Lage des Falles die actio furti, condictio furtiva, actio ad exhibendum (ex titulo doli) und die actio legis Aquiliae [1]). Von der rei vindicatio aus dem Titel des Dolus kann hier ebensowenig die Rede sein, wie im Falle Nr. 1.

β) Eine rei vindicatio utilis wird in dieser Anwendung gar nicht erwähnt, und ist wohl überhaupt nicht gut denkbar. Eine Klage: segetem meam esse wäre widersinnig und eine utilis in rem actio wegen der grana Mangels jeder Möglichkeit der Individualisirung der grana (die gar nicht mehr vor-

[1]) Arg. l. 30. §. 2 D. ad l. Aq. 9. 2.

handen sind) kann nicht Platz gegriffen haben. Somit bleibt unseres Erachtens nur eine persönliche Klage übrig; aber welche? Eine condictio s. c., an welche man zunächst denken wird, erwähnen die Quellen diesbezüglich gar nicht; mir scheint eine solche hier ebenso wie in Nr. 1 unrömisch zu sein. Bliebe daher nur eine actio in factum; aber auch diese wird betreffs der satio meines Wissens nirgends erwähnt. Die l. 23 §. 5 D. d. r. v. 6. 1, welche ursprünglich doch wohl nur von der ferruminatio und verwandten Fällen gehandelt hat, rührt in der allgemeinen Fassung, in der sie uns in der Compilation entgegentritt, von Paulus nicht her; der bezügliche Passus, auf den man sich etwa stützen könnte, ist auffliegend interpolirt. Somit fehlt es eigentlich auch an jeder persönlichen Klage, die nicht im Dolus oder einer culpa wurzelt.

3. Ganz ebenso verhält es sich endlich auch in den übrigen Fällen, als da sind: Schotterung, Düngung u. s. w., sobald diese Zuthaten einmal pars fundi geworden sind.

III. Besitz und Ersitzung von res compositae.

Die römische Auffassung der res composita ist bekanntlich die, dass Sachen, welche zu einer anderen Sache: der Hauptsache, durch Verbindung hinzutreten und mit dieser zusammen eine universitas bilden, zwar als Theile der Hauptsache durante coniunctione gelten, trotzdem aber doch auch während der Verbindung besondere Sachen bleiben. So lange die Verbindung dauert, erstrecken sich Eigenthum und Besitz an der Hauptsache auch auf die Accession in universitate, welche daneben aber zugleich auch besonderes Eigenthumsobject und, wie wir daraus schliessen müssen, auch besonderes Besitzobject ist. Zweifellos besteht an ihr ein vom Eigenthum der Hauptsache unabhängiges Eigenthum, das der Person des Hauptsacheeigenthümers oder auch einem Anderen zustehen kann. Ebenso muss es, der Parallele zwischen Eigen-

thum und Besitz entsprechend, sich beim Besitz verhalten. Dass solcher besondere Besitz an diesen Accessionen besteht, zeigt der Umstand, dass Besitz, und zwar besonderer Besitz, sofort im Momente der Lostrennung von der Hauptsache vorhanden ist[1]). Da dieser Besitz nicht Folge einer Apprehension nach der Trennung ist[2]), so kann er nur die Fortsetzung eines bereits früher begründeten, während der Verbindung bloss ruhenden Besitzes sein, der jetzt nach Lostrennung seines Objectes von der Hauptsache seine practischen Consequenzen äussert. Alles das steht aber nicht ausser Frage, besonderes Eigenthum gibt man zu, dagegen leugnen Viele besonderen Besitz an der im Accessionsverhältniss stehenden Sache[3]). Sie finden eine Bestätigung dieser Negation, wenigstens bezüglich solcher Sachen, die Accessionen einer Immobilie sind, in den für die Ersitzung geltenden oder als geltend hingestellten Grundsätzen. Deswegen ist es nothwendig, die Gestaltung der Ersitzung bei res compositae etwas näher in Betracht zu ziehen. Daraus wird sich, wie ich meine, ergeben, dass die Ausschliessung einer besonderen Ersitzung von den mit einer Hauptsache verbundenen Accessionen, dort wo sie überhaupt Platz greift, nicht in der Negation eines besonderen Besitzes an den Accessionen, sondern in ganz anderen Umständen ihren Grund hat. Wir wollen gleich hier bemerken, dass diese Frage seitens der römischen Juristen verschieden beantwortet wird, je nachdem es sich um Accessionen einer beweglichen oder unbeweglichen Sache handelt, während doch die Besitzesfrage da wie dort nach Römischem Recht gleich beantwortet werden muss, indem gar kein Grund vorhanden ist, besonderen Besitz an den

---

1) l. 23 D. d. usuc. 41. 3.

2) Eine solche nimmt auch Randa, Besitz (4. Aufl.) S. 526 nicht an, obwohl er den Besitz für neuen erklärt.

3) Siehe die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Pflüger, Ueber Besitz und Ersitzung von Theilen einer Sache. 1886.

Accessionen einer beweglichen Sache anzunehmen, an den einer Immobilie dagegen zu leugnen.

A. Wir beginnen mit der Ersitzung der Accessionen beweglicher Sachen. Als Musterfall nehmen wir das häufig wiederkehrende Beispiel des anulus und der gemma.

1. Dem Quellenmaterial entsprechend, das in dieser Frage ein überaus dürftiges ist [1]), wollen wir den Fall voranschicken,

---

[1]) Es besteht eigentlich nur aus l. 30. §. 1 D. de usuc. 41. 3 von Pomponius. Diese bezieht sich auf die Ersitzung. Andere Stellen, welche die Frage behandeln, insbesondere solche, welche die Besitzesfrage an sich: ist der Besitzer des Ganzen zugleich Besitzer der einzelnen Bestandtheile behandeln, gibt es für bewegliche Sachen nicht. Diejenigen, welche man gewöhnlich in diesen Zusammenhang bringt, gehören gar nicht hieher, weil sie ganz andere Fragen betreffen. Es sind dies l. 30 D. de A. P. 41. 2 Paulus, l. 6 D. ad exh. 10. 4 Ulpian und l. 7. §. 1. 2 D. eod. Paulus. Betrachten wir zuerst l. 30 pr. cit., so kann es kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen, dass unter den res quae in aedificio, nave armario, sind, nicht etwa Theile (verbaute Steine u. s. w.), sondern vielmehr solche ganz selbstständige Sachen gemeint sind, die sich im Hause, Schiffe, Behältniss befinden. Siehe schon Pflüger a. a. O. S. 49 und die dort Citirten. l. 30 pr. steht daher mit unserer Frage in gar keinem Zusammenhange. Ebensowenig kann ein solcher bei den übrigen Stellen gefunden werden. Insbesondere vermag ich nicht einzusehen, dass Paulus in l. 6 D. ad exh. 10. 4 sich mit Pomponius (in l. 30. §. 1 cit.) in Widerspruch setzt, wie Dernburg a. a. O. I. §. 176, Note 7 behauptet. Meines Erachtens kann l. 6 cit. weder dem Wortlaut, noch dem Sinne nach auf unsere Frage bezogen werden; sie sagt nur, dass die gemma auro inclusa nicht (gleich) vindicirt werden könne, sondern, dass ihretwegen (vorerst) ut excludatur, ad exhibendum geklagt werden müsse. Dies hat aber doch mit unserer Frage gar nichts zu schaffen, und trifft gar nicht die Frage des Besitzes am Ganzen und den Theilen! Ebensowenig kann behauptet werden, dass sich Ulpian in l. 7. §. 1. 2 D. eod. mit Pomponius (l. 30. §. 1 cit.) in Widerspruch setze. Dies ist schon deswegen wenig wahrscheinlich, weil sich Ulpian im §. 1 dieser Stelle geradezu auf Pomponius bezieht. Uebrigens handelt auch sie nur von der Zulässigkeit der actio ad exhibendum. Dass man sie für unsere Frage verwerthen will, hat seinen Grund nur in dem famosen quamvis tunc civiliter non possideas des §. 1, welches man auf das Verhältniss des Theiles zum Ganzen zurückführt. Was der Passus bedeutet, ist nicht mit voller Sicherheit zu sagen. Man beachte einerseits das tunc (man würde eher nunc erwarten), andererseits das Präsens possideas. Textesverbesserung zu versuchen halte ich für unzulässig, weil der Sinn des Satzes nicht zweifellos ist. Dann

dass Jemand anulus und gemma separat, jedes für sich, gekauft, bezw. so erworben hat, dass er betreffs jeder dieser Sachen separat condicionem usucapiendi erlangt.

a) Hier ist soviel gewiss, dass er, solange diese Sachen

---

muss aber meines Erachtens dem tunc doch Beziehung auf einen Zeitpunkt der Vergangenheit abgesprochen und nicht die Bedeutung »damals«, sondern die eines zeitlich indifferenten »dann« beigelegt werden. Der Sinn der Stelle wäre danach der, dass die actio ad exhibendum gegen »Dich« zugelassen wird, obwohl »Du« dann (in diesem Falle) im Rechtssinne nicht besitzest. (Das civiliter gerade nur auf Usucapionsbesitz zu beziehen, halte ich nebenbei bemerkt nicht für gerechtfertigt.) Welcher ist aber dieser Fall? Wie man gewöhnlich annimmt, der, dass »Du« Besitzer der fremden rota und des vehiculum bist. Wenn Du nun diese von »Dir« abgesondert besessene rota vehiculo adaptaveris, so hörst du auf civiliter Besitzer zu sein, obwohl du wegen der facultas restituendi der actio ad exhibendum ausgesetzt bleibst. Denkt man daran, dass die Verbindung Besitzverlust bezüglich der rota herbeiführe, so kann das füglich nur darauf zurückgeführt werden, dass die rota Theil des vehiculum werde, als solcher aufhöre selbständige Sache zu sein, daher nur als Theil des vehiculum, nicht mehr für sich, besessen werde. Von diesem Standpunkt aus bezieht man dann l. 7. §. 1 cit. auf unsere Frage. Allein ist das auch zutreffend? Ist das, was man supponirt, auch wirklich der Fall, der eine Besitzesfolge eintreten lässt, die mit der sonstigen Behandlung beweglicher res compositae und dem gesunden Menschenverstand in Conflict geräth? Gerade das Rad, dessen Verbindung mit dem vehiculum doch eine ganz lockere ist, sollst »Du« jetzt wegen der Verbindung nicht besitzen, während der Besitz der gemma auro inclusa fortdauern soll. Dass bei dieser Sachlage zwischen den römischen Juristen die behauptete Differenz bestanden habe, ist geradezu unglaublich, zumal Ulpian den Pomponius citirt. Meines Erachtens ist aber auch gar keine Nothwendigkeit l. 7. §. 1 von einem Besitzverlust zu verstehen. Das civiliter non possides erklärt sich leichter in anderer Weise. Wie wäre es mit folgendem Fall: Verschiedene reparaturbedürftige Wagen der A, B, C stehen in der Schmiede, desgleichen die dazu gehörigen rotae, welche der Reparatur wegen abgenommen sind, und an die Wand gelehnt dastehen. Aus Irrthum fügt der Schmied die dem A gehörige rota an den Wagen des B, der nichts davon weiss und mit seinem Wagen wegfährt? Ist hier B Besitzer im Rechtssinne? Gewiss nicht, er weiss von dem Ganzen nichts, es fehlt seinerseits an jedem Erwerbsact. Ebenso sicher hat er aber das Rad, und haftet mit der actio ad exhibendum, obwohl er doch gewiss civiliter non possidet. Ein solcher oder ähnlicher Fall mochte wohl dem Juristen vorschweben. Dann hat aber die Stelle gar keine Beziehung auf unsere Frage.

von ihm separat besessen werden, jede für sich in besonderer Usucapion ersitzt. Jede dieser Usucapionen bezieht sich auf verschiedene, körperlich gar nicht zusammenhängende Sachen; die eine, die des anulus z. B., stützt sich auf den Kauf α, die der gemma auf den Kauf β, jede derselben hat möglicherweise einen verschiedenen Anfangs- und folgeweise Vollendungstag, Furtivität der einen Sache hindert die Usucapion dieser, nicht die der anderen Sache. Wegen jeder Sache hat nebenbei bemerkt der Besitzer ein besonderes interdictum utrubi.

b) Für ebenso feststehend halte ich es aber, dass, falls später die gemma seitens des Besitzers beider mit dem anulus verbunden wird, die Ersitzung beider weiter geht und trotz der Verbindung zu verschiedenen Zeiten vollendet werden kann. Wie dort (lit. a) hat die Furtivität nur die Wirkung, dass bloss die Usucapion der Sache ausgeschlossen ist, welche res furtiva ist, ohne dass die Furtivität z. B. der gemma einen Einfluss auf die Usucapion des anulus hätte. Wird die Usucapion später vollendet (ob für beide zu derselben Zeit oder nicht), so gibt die eine das Eigenthum des anulus, die andere das besondere Eigenthum der gemma. Dieses letztere wird seine practische Bedeutung nach der Loslösung der gemma äussern, indem während der Dauer der Verbindung das Eigenthum der Hauptsache: des anulus, auch die gemma als Theil desselben ergreift. Endlich mag nur noch bemerkt werden, dass unseres Erachtens auch für das interdictum utrubi nach der Lostrennung der gemma die Zeit der Verbindung in das massgebende Jahr eingerechnet werden musste. Es ist dies eine nothwendige Folge des Umstandes, dass die Verbindung der gemma mit dem anulus den Besitz derselben nicht aufhebt [1]), dieser vielmehr trotz der Verbindung fortdauert.

Fragen wir nach der quellenmässigen Grundlage des unter

---

[1]) Dagegen spricht auch nicht l. 23 D. 41. 3, da der dort hervorgehobene Grund, hier nicht zutrifft.

lit. b Gesagten — denn nur dieses, nicht lit. a bedarf eines Beweises — so können wir dafür allerdings nur den Schlusssatz der l. 30, §. 1 D. d. usuc. 41. 3 anführen, welcher ausdrücklich trotz Verbindung anerkennt: et aurum et gemmam possideri, und dies damit begründet, dass utrumque maneat integrum. Also: obwohl die gemma durch Verbindung mit dem anulus Bestandtheil desselben geworden ist, besteht an ihr doch besonderer Besitz fort. Hiemit ist alles andere von uns Deducirte von selber gegeben [1]).

2. Der zweite Fall, zu dem wir jetzt übergehen, ist der, dass Jemand den bereits mit der gemma versehenen anulus kauft. Auch in diesem Fall besitzt und usucapirt er beides auf Grund desselben Kaufes, der anulus und gemma erfasst [2]). Vollendung der Usucapion des anulus gibt das Eigenthum der Hauptsache, dem während der Dauer der Verbindung auch die gemma als Theil des anulus unterworfen ist, daneben geht die Usucapion der gemma, welche das besondere Eigenthum an der gemma gibt, das nach der Trennung derselben vom anulus Bedeutung äussert. Wird diese Trennung bereits vor der Vollendung der Usucapion vorgenommen, so hat das, wenn nicht aus anderen Gründen Besitzverlust damit verbunden ist [3]), auf Besitz und Usucapion keinen Einfluss, beide dauern bezüglich des anulus und der gemma fort, und es tritt nur die selbstverständliche Modification ein, dass das

---

[1]) Dem Resultat nach stimmt damit auch überein Randa a. a. O. S. 526 fg.

[2]) Zu sagen der Kauf beziehe sich nur auf das Ganze, den anulus, nicht auf die gemma, ist widersinnig, da diese häufig, wenn nicht gewöhnlich, das Werthvollere sein wird. Wird die gemma evincirt, so findet actio emti statt l. 23. §. 1 (2) D. d. usuc. 41. 3. Dass sich die abweichende Entscheidung in l. 36. 42. 43 D. de evit. 21. 2. nur auf die Klage aus der stipulatio duplae bezieht und mit der Fassung dieser Stipulation zusammenhängt, steht heute wohl ausser Streit.

[3]) Z. B. die gemma wird aus dem anulus seitens eines Dritten animo furandi herausgenommen.

Eigenthum am anulus auf die gemma, welche nicht mehr Theil des anulus ist, keine Beziehung hat [1]).

Auch für das unter 2. Aufgestellte vermag ich besondere Belegstellen nicht beizubringen, ich kann mich auch dafür nur auf die trotz der Verbindung fortdauernde Integrität der gemma und auf den bereits oben bezogenen Schlusssatz der l. 30, §. 1 D. d. usuc. 41. 3 berufen.

B. Wie verhält es sich aber mit der Ersitzung der Accessionen einer unbeweglichen Sache, concret: mit der Ersitzung der verbauten Baumaterialien [2])?

---

[1]) Vgl. l. 23. §. 2 fg. D. de R. V. 6. 1.

[2]) Dass die Frage bezüglich der planta u. s. w. nach Römischem Recht nicht entstehen kann, steht ausser Zweifel. Da die planta im fundus aufgeht, von diesem absorbirt wird, als besondere Sache überhaupt nicht mehr besteht, so kann weder von besonderem Besitz der planta, noch von besonderer Ersitzung die Rede sein. Wer den fundus besitzt und ersitzt, besitzt und ersitzt hiemit implicite alles was den fundus bildet: Schollen, Steine, plantae u. s. w. Werden diese später getrennt, z. B. der Baum vom Sturm umgeworfen, so dauern Besitz und Eigenthum auch an dem jetzt selbstständig gewordenen Stücke fort. Es ist meines Erachtens unrichtig, wenn Randa a. a. O. S. 526. 527 u. a. von neuem Besitz spricht; sofort aber eine Erläuterung beifügt, die, wie ich meine, den Begriff neuer Besitz aufhebt. Steht aber mit dem Vorstehenden nicht l. 2. §. 6 D. pro emt. 41. 4 in Widerspruch, wenn dort Paulus bezüglich eines fundus sagt: quoniam universitas eius possidetur, non singulae partes? Nein, denn alles früher Gesagte, steht für den fundus als corpus unitum ausser Zweifel, deshalb muss der obige Passus der l. 2. §. 6 D. cit. einen anderen Sinn haben. Welchen ist nicht schwer zu finden, ich meine folgenden: Die Stelle behandelt zwei Fälle: 1. A. hat den Sklaven Stichus gekauft und aus Irrthum den Sklaven Dama übernommen; obwohl er Besitzer dieses Sklaven wird, so usucapirt er ihn doch nicht pro emtore, weil Dama nicht gekauft ist und das quod emptum non sit pro emptore usucapi non potest. 2. Dasselbe müsste gelten wenn A. statt des gekauften fundus Cornelianus den fundus Sempronianus erhält. Wie aber dann, wenn er den wirklich gekauften fundus Cornelianus erhält, aber in weiteren Grenzen als der fundus Cornelianus wirklich hat? Hier wird er, da er das Kaufsobject erhält, usucapiren, aber was? nur den wirklichen fundus Cornelianus oder alles was ihm als fundus Cornelianus übergeben wird? Der Jurist sagt: letzteres, und zwar deswegen, weil er das Ganze in den ampliores fines unterschiedslos als eine Einheit besitzt, und nicht besitzt: a) den wirklichen fundus Cornelianus als separate Sache; b) das über die wirklichen Grenzen desselben hinausgehende Stück auch wieder als separate Sache. In diesem Sinne heisst

1. Dem Stande des Quellenmaterials entsprechend, stellen wir hier den Fall in den Vordergrund, dass Jemand das fertige Haus gekauft hat. Ersitzt dieser Käufer nur das Haus oder zugleich auch die Baumaterialien? Da diese nach römischer Anschauung trotz des Verbautseins doch besondere Sachen bleiben, nicht wie die planta im fundus aufgehen, so trifft auch hier wie im Falle der beweglichen Sache (A) das utrumque manet integrum zu und man sollte daher auch hier Bejahung dieser Frage erwarten. In Wirklichkeit verhält sich's aber anders. Zwar scheint die Beantwortung obiger Frage zwischen den römischen Juristen streitig gewesen zu sein, schliesslich ist aber doch die verneinende Ansicht durchgedrungen. Sie allein ist uns überliefert. Gaius[1]) und Paulus[2]) stellen es als zu ihrer Zeit geltendes Recht hin, dass neben der Usucapion der aedes nicht gleichzeitig hergehe eine Usucapion der verbauten Baumaterialien, der tigna, cementa u. s. w., dass daher der Eigenthümer der letzteren dieselben nach der Zerstörung des vom Käufer usucapirten Hauses noch immer vindiciren könne. Eine Begründung dieser Sätze geben uns Gaius und Paulus nicht, wohl aber versucht eine solche Iavolenus (zu dessen Zeit vielleicht die Streitfrage noch nicht ausgetragen war) in der bekannten vielumstrittenen l. 23. D. de usuc. 41. 3, betreffs welcher Begründung es aber dahingestellt bleiben muss, ob sie auch von den übrigen Juristen, insbesondere auch von Gaius und Paulus getheilt wurde. Die Stelle selbst ist anerkanntermassen interpolirt und corrumpirt, namentlich gilt das vom Schluss-

---

es, er besitze nicht singulae partes; unmöglich aber kann es bedeuten, dass der, welcher den fundus besitzt, die einzelnen Bestandtheile, als da sind: loci, Schollen, Pflanzen, nicht besitze, denn alles dies besitzt er (natürlich nicht kraft besonderen Besitzes) kraft des fundus = Besitzes. Dies alles, dieser Besitz, setzt sich dann auch nach der Lostrennung an den selbstständig gewordenen Sachen fort. Daraus ist ersichtlich, dass l. 2. §. 6 D. cit. mit unserer Frage gar nichts zu thun hat.

[1]) l. 7. §. 11 D. h. tit. 41. 1.

[2]) l. 23. §. 7 D. d. R. V. 6. 1.

satze des pr. und des §. 2 [1]). Das interessirt uns hier weiter nicht, da im Grossen und Ganzen das Verständniss der Stelle dadurch nicht gefährdet wird. Uns interessirt hier nur die Stellung des §. 1, der den Zusammenhang der Stelle zerreisst und der nur durch Verschiebung während der Compilation an diesen Platz gekommen sein dürfte. Setzen wir ihn an den Schluss der Stelle, so ist jede Schwierigkeit behoben; ohne Aenderung eines Wortes hat jetzt die Stelle Zusammenhang und erhält innerhalb desselben auch der Inhalt des §. 1 (des jetzigen §. 2) seine Bedeutung, die ihm nach der herkömmlichen Reihenfolge der Paragraphen fehlt. Die Stelle lautet nach dieser Conjectur [2]), die wie mir scheint, für sich selber spricht, so:

Iavolenus libro IX. epistularum. Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas (aedes) non possidebit; separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet §. 1. Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur, et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. neque enim re-

---

[1]) Siehe Pflüger a. a. O. S. 8, Note 2.

[2]) Sie ist von mir bereits aufgestellt in der Prager Juristischen Vierteljahrsschrift. 6. Bd. S. 143 fg.

cipi potest, ut eadem res et ut res soli et tamquam mobilis sit possessa §. 2. Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum [1]).

Man braucht die Stelle jetzt nur zu lesen um zu finden, dass sie inneren Zusammenhang hat, das: Si autem demolita domus u. s. w. schliesst sich jetzt auch äusserlich unmittelbar an das pr. an, als dessen Fortsetzung es inhaltlich dem ganzen Gedankengang nach ohnedies erscheint. Insbesondere der §. 2, der bisher ganz unvermittelt dastand, kommt dadurch zu seinem Recht, indem er jetzt als der letzte Ausläufer des ganzen Gutachtens erscheint, der das eigentliche praktische Ergebniss desselben enthält. Gerade durch diese Gruppirung wird erst ersichtlich, dass sich die Stelle auf einen concreten Fall bezieht, der dem Juristen zur Begutachtung vorgelegt war und gerade in der Beleuchtung, die die Stelle dadurch erhält, scheint mir ein wesentliches Argument für die Richtigkeit der vorgeschlagenen Textesänderung gelegen zu sein. Denn gerade dieser Charakter des Gutachtens passt ganz gut dazu, dass sie den epistulae d. h.

---

[1]) In der Florentina lautet die Stelle so: Iavolenus libro IX. epistularum. Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegatur, ipsas (aedes) non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit, accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. §. 1. Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum. §. 2. Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur, et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent, neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tamquam mobilis sit possessa.

einer Sammlung von Responsen und Quästionen dieses Juristen entnommen ist, welche durch Anfragen veranlasst waren [1]). Eine solche, wohl von einer Partei gestellt, mochte auch unserer Stelle zu Grunde liegen: Jemand hatte ein Haus gekauft, dies längere Zeit besessen; darauf wird dasselbe zerstört. Nunmehr nimmt ein Dritter mittels der rei vindicatio einen Theil der Trümmer, speciell eine darunter befindliche Säule, als sein Eigenthum in Anspruch. Sofort entsteht die Frage, ob diese Materialien, beziehungsweise die Säule, usucapirt seien oder nicht. Wahrscheinlich, dass zwar noch nicht das biennium für Usucapion unbeweglicher Sachen, wohl aber bereits der annus für Usucapion beweglicher Sache abgelaufen war. Sind deswegen die Materialien beziehungsweise die Säule usucapirt oder nicht? Kann die Säule trotz Ablaufs des Jahres von Seite unseres Dritten vindicirt werden oder nicht? Die Antwort, welche Iavolenus auf diese Anfrage gibt, stimmt mit dem, was Gaius und Paulus sagen, überein. Auch er sagt, dass die Usucapion des Hauses nicht involvire eine Usucapion der Materialien, beziehungsweise der columna. Werde diese nach der Zerstörung des Hauses von ihrem Eigenthümer vindicirt, so »musst du sie herausgeben und es bleibt dir nichts anderes übrig, als wegen dieser Eviction den Verkäufer zu klagen, damit du dich auf diesem Wege schadlos hältst«. Dies der praktische Theil des Gutachtens. Das was uns hier interessirt, ist lediglich die theoretische Begründung dieser Negation der Usucapion der columna, beziehungsweise der Materialien.

Unseres Erachtens sind die Erwägungen Iavolen's nach der Reihenfolge der l. 23 cit. nachstehende:

a) Der Käufer des Hauses besitzt das Haus, nicht auch daneben die Baumaterialien, als für sich bestehende d. h. als separirte Sachen, weil ja sonst das Haus nicht existiren würde. Der Ausdruck singulae res ist = separatae res und daher = res mobiles, was sich aus dem weiteren Context der

[1]) Krüger, Rechtsquellen, S. 162, vgl. l. 44, §. 1 D. d. O. et A. 44. 7.

Stelle ergibt, woselbst abwechselnd von separata corpora, res mobiles, res solae et separatae ab aedificio, res singulae et separatae gesprochen wird, was sich immer auf die in Frage stehenden Materialien bezieht. Das was Iavolenus zunächst negirt, ist nicht der Besitz der Baumaterialien in universitate, sondern nur der Besitz dieser Sachen als separatae oder als res mobiles. Ganz begreiflich, da sie ja gar nicht separatae, sondern in aedificio cohaerentes, also res soli und nicht res mobiles sind. Dies geht namentlich aus dem Schlusssatz der doch im Zusammenhang zu interpretirenden Stelle hervor, wo es klar ausgesprochen ist, dass nach Ansicht des Juristen die verbauten Materialien res soli sind und daher nicht zugleich res mobiles sein können [1]).

---

[1]) Scheinbar ist der Sinn des Eingangssatzes ein anderer, nämlich der: der Käufer besitzt nur das Haus als universitas, nicht die einzelnen Materialien, die es bilden. So wird dieser Passus auch gewöhnlich der Vollständigkeit des Gegensatzes wegen verstanden. Allein doch mit Unrecht. Wäre das der Sinn des Satzes, so könnte der Jurist nicht sagen: Nam si singulas res — possidebit, separatis enim — non poterit. Denn der Bestand des Hauses hängt doch von dieser rein theoretischen Frage nicht ab. Ob ein Recht neben dem Besitz des Ganzen den Besitz der Materialien annimmt oder nicht, das hat auf den Bestand des Hauses gar keinen Einfluss. So lange die Verbindung dauert, besteht das Haus, das Recht mag annehmen, was es will. Den Bestand des Hauses behebt nur die Trennung der Materialien und eben deswegen kann der Jurist unter den singulae et separatae res nicht die Baumaterialien als besondere, aber doch noch cohaerentes res, sondern nur als losgetrennte verstehen. Nur dann passt seine Argumentation: Würden die Materialien als singulae et separatae besessen, dann keine aedes und daher auch (Mangels des Objectes, der universitas) kein Besitz der aedes. Dies erklärt sich bei ihm, weil er auf die Unzulässigkeit der Mobilarersitzung lossteuert. Bei dieser Sachlage spricht der Jurist über den ruhenden Besitz gar nicht und es kann namentlich nicht aus dem Gegensatz geschlossen werden, dass er ruhenden Besitz leugnet. Dieser Schluss wäre zutreffend, wenn er Besitz der Theile überhaupt, nicht bloss Besitz der Theilsachen als singulae et separatae leugnen würde, wenn überhaupt die ganze Stelle logischer wäre, als sie wirklich ist. Unrichtig wäre es auch zu sagen, der Jurist leugne: a) Besitz der Theile, ausserdem b) Besitz der Theile als separatae. Denn, dass er a nur als b, d. h. nur als separatae denkt, zeigt der ganze Passus, zeigt ferner die weitere Behandlung der res singulae et separatae als res mobiles, endlich insbesondere der Schlusssatz der Stelle bezw. nach unserer Anordnung des §. 1.

b) Sind aber die in aedificio cohaerentes res nicht singulae et separatae d. h. nicht res mobiles, so können sie während dieser Zeit auch nicht als bewegliche Sachen, d. h. nicht tempore mobilibus statuto usucapirt werden. Würde man neben dem Besitz der aedes, dessen Bestandtheile die Materialien sind, mit Ignorirung der thatsächlich bestehenden Verbindung, die Steine als bewegliche Sachen ersitzen lassen, so würde das zu dem Resultat führen, dass das solum in einem biennium, die Materialien dagegen bereits anno ersessen würden. Dies würde aber der Wirklichkeit und zwar der Einheit der Sache widersprechen, mit der es nicht vereinbar ist, dass una res, wie wir hinzufügen, stückweise, diversis temporibus capiatur. Da die eine vorhandene Sache, die universitas des Hauses, zu der auch die Materialien gehören, eine Immobilie ist, so kann demgemäss nur von einer Ersitzung der Immobilie, nicht auch nebenher von einer Ersitzung nach Mobilarrecht die Rede sein.

c) Dies gilt so lange als die Materialien in aedificio cohaerentes sind. Werden diese später durch Zerstörung des Hauses aus der Verbindung mit dem solum gelöst, so werden sie dadurch wirklich singulae et separatae = res mobiles, und werden jetzt sofort als bewegliche Sachen besessen und ersessen. In diese nach Mobilarrecht zu berechnende Ersitzungszeit kann aber nicht eingerechnet werden die Zeit, während welcher sie in aedificio cohaerentes waren, weil sie ja damals res soli waren und es doch nicht angeht, dass eine und dieselbe Sache gleichzeitig res soli = res immobilis und res mobilis sei. Die Meinung des Juristen ist dabei offenbar die, dass die Mobilarersitzung nicht bloss Besitz der Sache durch ein Jahr, sondern Besitz der Sache als beweglicher während dieser ganzen Zeit verlangt.

Dies der Gedankengang Iavolen's. Ob diese Begründung auch von anderen Juristen, insbesondere auch von Gaius und Paulus getheilt wurde, wissen wir nicht. Das Entscheidende in derselben ist: der Jurist leugnet den Mobilarbesitz

und Mobilarersitzung der verbauten Materialien, weil sie in aedificio cohaerentes und deshalb res soli sind. Nur deshalb können sie nicht als Mobilien besessen und ersessen werden, beides tritt erst mit ihrer Lostrennung ein. Der Jurist leugnet nicht:

a) Den Besitz der Baumaterialien in universitate aedium, er scheint diesen Besitz vielmehr anzuerkennen im Schlusssatz des pr.[1]). Da sie Bestandtheil der aedes sind, werden sie auch in und mit denselben besessen und ersessen, was alles nur Bedeutung hat, so lange sie Bestandtheile der universitas sind, sie somit verliert, sobald sie singulae et separatae werden.

b) Er leugnet aber auch nicht den Besitz der Steine als besonderer Sachen; darüber spricht er überhaupt nicht, jedenfalls ist nirgends gesagt, dass sie nach seiner Ansicht während der Zeit der Verbindung nicht auch als besondere Sachen besessen werden. Da sie nach Anschauung der Stoiker und der römischen Juristen trotz der Verbindung mit dem solum zweifellos besondere Sachen bleiben, besondere Eigenthumsobjecte sind, so ist es nur consequent zu sagen, dass sie auch Objecte besonderen Besitzes sind. Der Jurist sagt das allerdings nicht, weil er diesen Punkt gar nicht erörtert [2]). Nur muss hier ausdrücklich betont werden, dass seine

---

[1]) Desgleichen in dem: quae hoc quoque ipsum continent im §. 1 nach unserer Anordnung.

[2]) Wenn Venuleius in l. 8 D. quod vi 43. 24 sagt, dass tegulae cum universitate, non per se possidentur, so umfasst das jedenfalls a, kann aber auch b umfassen. Jedenfalls bedeutet es, dass er in und mit dem Hause die tegulae nicht als losgetrennte hat. Es kann nun sein, dass er sie nur als Theile des Hauses hat, zu ihnen selbst in gar keiner besonderen Beziehung steht, wie dann, wenn B auf dem im Besitze des A befindlichen Grund ohne Wissen desselben ein Haus erbaut (Fall a). Es kann aber auch sein, dass er die tegulae nicht bloss durch das Haus besitzt, dass sein Besitz der Steine nicht bloss Folge des Hausbesitzes, sondern eines besonderen Erwerbsgrundes ist. A hat z. B. tegulae gekauft und diese in suo verbaut. Dass er dadurch den Besitz an den tegulae nicht aufgibt, hat schon Pflüger a. a. O. S. 34 bemerkt. Ebensowenig verliert er ihn corpore, da das corpus, die tegulae trotz der Verbindung als besonderes corpus fortdauert (Fall lit. b). Ob nun

Negation der Ersitzung nicht beruht auf der Negation besonderen Besitzes, sondern nur dadurch begründet ist, dass diese Ersitzung eine Mobilarersitzung wäre, die ihm deswegen aber unanwendbar erscheint, weil die verbauten Steine eben nicht Mobilien sind. Der Grund, dass hier anders entschieden wird als oben im Fall A. 2., ist nur der: dort wo es sich um anulus und gemma handelt, haben wir beiderseits Mobilien und daher beiderseits Mobilarersitzung, während sich bei gleicher Behandlung hier Coincidenz von Immobilar- und Mobilarersitzung ergeben würde, welche letztere er deswegen für ausgeschlossen hält, weil die res in aedificio cohaerentes für die Dauer dieser Cohärenz eben nicht Mobilien sind.

Sehen wir uns diese Begründung Iavolen's, die ich im wesentlichen Anschluss an den Gedankengang der l. 23 paraphrasirt zu haben glaube, näher an, so lässt sich kaum in Abrede stellen, dass sie eine durchaus formalistische und spitzfindige ist, die unmöglich befriedigen kann. Der Fehler derselben ist meines Erachtens der, dass Iavolenus zur Ersitzung res singulae et separatae verlangt. Warum das? Denn wenn die Materialien auch als res in aedificio cohaerentes anerkanntermassen trotz der Verbindung, die sie zu Theilen der universitas aedium macht, doch besondere Objecte bleiben, an denen besonderes ruhendes Eigenthum besteht, warum soll daran nicht ebensolcher Besitz bestehen und nicht auch besondere Ersitzung derselben eintreten können? Lässt man die gemma trotz ihrer Verbindung, also nicht als singula und separata, usucapiren, warum verlangt man das hier bei den Baumaterialien? Wie der Jurist sagt, deswegen, weil sie nur als singulae und

nach l. 8 cit. das erste oder das zweite der Fall ist, sagt uns Venuleius nicht, weil es für den dort behandelten Fall ganz gleichgiltig ist. Denn in jedem Falle liegt im Wegreissen der tegulae Seitens des Dritten ein opus in solo factum, es mag an den tegulae besonderer Besitz bestehen oder nicht. Dass es aber ein opus in solo factum ist, ist nur Folge des Umstandes, dass die tegulae nicht per se d. h. losgetrennt besessen werden. Etwas anderes kann das per se hier gar nicht bedeuten, insbesondere hat es hier gar keinen Bezug auf den ruhenden Besitz der tegulae.

separatae bewegliche Sachen sind und es eine andere als Mobilarersitzung für sie nicht geben kann. Allein dabei übersieht er, dass die XII Tafeln eigentlich nur zwei- und einjährige Ersitzung unterscheiden [1]), und letztere durchaus nicht an die von Iavolenus betonte Mobilareigenschaft knüpfen. Vielmehr unterscheiden sie fundus und ceterae res; da nun die verbauten Sachen nicht, wie die planta, im fundus untergehen, vielmehr trotzdem besondere Sachen bleiben, so ist es klar, dass sie unter die ceterae res subsumirt werden müssen, und daher unter die einjährige Ersitzung fallen, gleichgiltig ob sie res mobiles sind oder nicht. Gewöhnlich sind allerdings die ceterae res sog. res mobiles, dass sie es aber nicht immer sein müssen, dass sich somit diese Begriffe nicht vollständig decken, zeigt der vorliegende Fall. Der Fehler des Juristen liegt darin, dass er sie als sich genau deckende behandelt. In Wahrheit stünde gar nichts entgegen, trotz der Verbindung eine Ersitzung derselben als besonderer Sachen zuzulassen; geschieht doch dasselbe bei der gemma inclusa anulo. Dies hätte dann freilich das Resultat ergeben, dass die Ersitzung der Materialien früher vollendet gewesen wäre als die des solum resp. der universitas, allein dieser Grund ist nicht durchschlagend, denn ab und zu kann dasselbe auch bei anulus und gemma eintreten. Und auch ganz abgesehen davon, was verschlägt dies bei Immobilien? Es hat ja doch nur praktische Bedeutung für die Zeit nach der Trennung, in welcher die vom Juristen betonte una res nicht mehr vorhanden ist. Die Begründung Iavolen's ist aber auch noch in anderer Hinsicht mangelhaft. Denn auch der Satz, dass eine Sache nicht zugleich res soli und res mobilis sein kann, ist nicht unanfechtbar. Ist es weniger auffällig, dass eine Sache

[1]) Wenigstens nach der bekannten Stelle Cicero's top. 4 ususauctoritas u. s. w. Ob diese ususauctoritas, wie Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 233 fg. auszuführen unternommen hat, etwas von der usucapio Verschiedenes ist oder nicht, spielt hier keine Rolle. Denn es steht wohl ausser Zweifel, dass auch die Ordnung der Usucapionszeit auf die eben citirte XII Tafelbestimmung zurückgeführt wird.

Theil einer anderen und doch besondere Sache ist trotz der Verbindung? Ob sie beweglich ist oder nicht, das ist gleichgiltig, sie ist trotz der Verbindung Sache für sich und als besondere, individuell fortbestehende Sache besonderes Eigenthums- und Besitzesobject. Eigenthum und Besitz an ihr sind jedenfalls nicht Eigenthum und Besitz der Immobilie, sondern dieser besonderen Sache, die trotz der Verbindung in der Immobilie nicht aufgeht, sondern besondere Sache bleibt. Sie ist nicht Stück der Immobilie, wie die planta, sondern eine von dieser verschiedene Sache, also in diesem Sinne für sich betrachtet eine Mobilie, die nur kraft der Verbindung, so lange diese dauert, unter Immobilarrecht steht.

Alles das macht es mir wahrscheinlich, dass die Spitzfindigkeiten Iavolens[1]) wohl kaum der Grund waren, der schliesslich durchgedrungen ist. Der wahre Grund der Ausschliessung gleichzeitiger Usucapion der Baumaterialien mochte der sein, dass diese während der Cohärenz nicht vindicirt werden durften, deswegen mochte man während der Dauer dieses Vindicationshindernisses auch die Usucapion ausgeschlossen haben. Dass man aber solche Wege wie Iavolenus, eingeschlagen hat, zeigt, dass ein gesetzliches Usucapionsverbot für das tignum iunctum nicht bestand, dass man daher bestrebt sein musste, die Ausschliessung der an sich gesetzlich möglichen Usucapion anderweitig zu rechtfertigen.

Fassen wir das zusammen, so ist das für uns Wesentliche das, dass Iavolenus nicht den Besitz der Steine, weder in universitate noch als besonderer Sachen leugnet, er leugnet

---

[1]) Bedenklich ist auch das Argument im §. 1: sic nec penes te u. s. w., durch welches er auf das interdictum utrubi anspielt. Danach muss man schliessen, dass er die Zeit, während welcher Steine verbaut sind, auch für das Interdict nicht anrechnen lässt. Dies halte ich aber für ganz undenkbar! A kauft Steine, Balken, verbaut sie morgen, nach 10 Monaten werden sie losgetrennt, kommen dann in den Besitz des B; hier soll dieser potior interdicto sein, die 10 Monate sollen dem A gar nichts nützen? Das ist unglaublich. Der Grund dafür ist doch nur ein rein formeller, nämlich derselbe, der im Texte bezüglich der Usucapion erörtert ist, der aber hier ebensowenig haltbar ist wie dort.

nur Mobilarbesitz, und basirt bloss auf diesen Formalgrund die Negation der Ersitzung als Mobilarersitzung[1]).

2. Der zweite Fall, den wir jetzt betrachten, ist der: A kauft einen Bauplatz, und kauft separat Baumaterialien.

a) In diesem Fall ist es selbstverständlich, dass er beides abgesondert besitzt und beides abgesondert ersitzt, den Bauplatz nach Immobilarrecht, die Baumaterialien nach Mobilarrecht, die Ersitzung des ersteren ist bedeutungslos für letztere und umgekehrt.

---

[1]) Dabei ist es nach unserer Auffassung und Darstellung gleichgiltig, ob Haus und Steine denselben Eigenthümer oder verschiedene Eigenthümer haben. In beiden Fällen ist im Sinne Iavolen's, Gaius' und Paulus' die Ersitzung der Steine während der Dauer der Verbindung ausgeschlossen. Die von Savigny, Das Recht d. Besitzes (7. Aufl.) S. 268 fg. u. A. beliebte Einschränkung der Negation der Usucapion auf den Fall verschiedener Eigenthümer hat keinen Anhaltspunkt im Wortlaute der einschlägigen Stellen. Nirgends heben sie gerade dieses Moment als entscheidend hervor. Obige Einschränkung ist aber auch deswegen principiell unstatthaft, weil Iavolen den Grund der Ausschliessung der Ersitzung der verbauten Materialien in dem Mangel der Mobilareigenschaft findet, dieser Grund aber immer zutrifft, es mögen Haus und Steine demselben Eigenthümer oder verschiedenen Eigenthümern gehören. Uebrigens ist es auch sonst bei corpora composita gar nicht richtig, dass das durch Ersitzung am Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflösung des Ganzen in seine Theile nicht aufgehoben wird. Savigny a. a. O. S. 304, 308 u. A., Kierulff, Theorie d. gem. C.R. S. 376, Note *. Dies gilt für corpora unita (planta), nicht für corpora composita. Dort, wie z. B. beim fundus, ist die Ersitzung des Ganzen wirklich auch Ersitzung aller Theile, welche in dem Ganzen aufgegangen sind; während bei den composita die Ersitzung des Ganzen für die Theile nur insofern und so lange wirkt, als sie Theile des Ganzen sind und bleiben. Ob diese auch als besondere Sachen ersessen sind, was nach ihrer Lostrennung praktisch wird, hängt davon ab, ob neben der Ersitzung des Ganzen eine Ersitzung der Theile als besonderer Sachen einhergeht. Während es sich also bei corpora unita immer nur um eine Ersitzung handelt, handelt es sich bei composita um zwei oder mehrere Ersitzungen nebeneinander. Siehe auch schon Windscheid a. a. O. I. §. 175, Note 2, dem aber darin nicht zuzustimmen ist, dass der Eigenthümer der Steine, welcher diese in suo verbaut, dadurch sein Eigenthum an ihnen als an besonderen Sachen aufgebe. Das halte ich für ganz unrichtig; denn erstens hat er in Wirklichkeit solche Absicht nicht, dieselbe ist nur angenommen, um den supponirten Eigenthumsverlust zu begründen. Zweitens wäre aber solche Annahme ganz unschlüssig, da die Steine trotz des Verbauens nach römischer Anschauung doch besondere Objecte bleiben. Wem sollen diese aber dann gehören? sollen sie etwa herrenlos sein?!

b) Wie aber, wenn er die Materialien in dem solum verbaut, so dass diese dadurch res soli werden? Dass trotzdem die Usucapion des solum weiter geht, ist selbstverständlich. Wird sie vollendet, so gibt sie das Eigenthum des solum, das sich auch auf das darin fundirte aedificium und implicite auf die Baumaterialien bezieht, die das Haus bilden. Aber alle diese werden von diesem Eigenthum nur in universitate, d. h. kraft der Verbindung, daher auch nur während der Dauer der Verbindung, ergriffen. Wie verhält es sich aber mit der ja auch bereits im Zug gewesenen besonderen Usucapion der Baumaterialien?

Die Quellen behandeln diese Frage in ihrer ganzen Tragweite nicht. Nach dem in l. 23 Gesagten müssen wir die Fortsetzung der Usucapion verneinen. Denn ist es richtig, dass verbaute Steine nicht als Mobilien besessen werden, ist es ferner richtig, dass die ein- bezw. dreijährige Ersitzung ein- bezw. dreijährigen Mobilarbesitz verlangt, so kann auch im vorliegenden Fall die Usucapion der Materialien nicht weiter gehen, sobald diese durch das Verbauen aufhören, res singulae et separatae = res mobiles zu sein. Jedenfalls muss während dieser Zeit die Ersitzung ruhen[1]).

Dies scheint uns die Consequenz der in l. 23. vertretenen Auffassung zu sein. Allerdings wird diese in l. 30, §. 1. D. h. tit., verlassen, aber doch nur für einen Fall, der dort wohl auch nur als Ausnahmefall gedacht ist. l. 30, §. 1 bezieht sich nämlich gar nicht auf das Verbauen von Materialien, die in condicione usucapiendi sind überhaupt, sondern nur auf das Verbauen derselben kurz vor Vollendung der im Zuge befindlichen Mobilarusucapion. Es verbaut Jemand, wie die Stelle sagt, eine Säule, die er schon so lange usucapirt,

---

[1]) Unterbrechung der Usucapion kann nicht angenommen werden, da das Verbauen hier nicht Besitzesverlust bewirkt. Der Käufer, der die Steine in dem von ihm besessenen Grundstück verbaut, gibt den Besitz dadurch nicht auf, vielmehr behält er besonderen Besitz der Steine, er besitzt sie nur nicht als Mobilien, im Sinne Iavolen's.

dass ihm zur Vollendung der Ersitzung nur noch wenige Tage fehlen. Setzt er die Ersitzung der Säule fort oder nicht? Labeo sagt, und ihm stimmt der Referent Ulpian wohl zu: ja; aber doch wohl nur deswegen, weil nur mehr kurze Zeit zur Vollendung fehlt, so dass das Ganze den Eindruck einer Concession aus Billigkeitsrücksichten macht. Den Fall, dass die Materialien gleich nach ihrem Erwerb, also gleich nach Beginn ihrer Usucapion verbaut werden, behandelt er nicht, wir wissen daher auch gar nicht, wie er sich zu demselben stellt, und können nur aus der Hervorhebung der decem dies schliessen, dass er in solchem Fall die Fortsetznng der Usucapion verneint haben dürfte. Ob dieses argumentum a contrario für Labeo zutrifft, muss dahin gestellt bleiben, auf dem Boden der Justinianischen Compilation müssen wir wegen l. 23 cit. jedenfalls daran festhalten. Dass aber auch in diesem Falle im Sinne der l. 23 nicht die Besitzfrage überhaupt, sondern nur der Mobilarbesitz eine Rolle spielt, braucht nach dem bisher Entwickelten kaum wiederholt zu werden. Nur das mag nebenbei bemerkt werden, dass wir von unserem Standpunkt aus alle die Erklärungsversuche für ganz verfehlt halten, welche eine eigenthümliche Verbauungsart unterschieben, die bloss in einem äusserlichen Anlehnen u. s. w. bestehen soll!! Wir nehmen das an, was man ohne vorgefasste Meinung annehmen muss, nämlich, dass die Säule so verbaut ist, wie Säulen verbaut zu werden pflegen, als Träger und Stützen des Gebäudes, nicht bloss als äusserer Schmuck, Verkleidung u. dgl.[1]). Ob das gelegentlich eines Neubaues, eines blossen Zubaues, blosser Reparatur geschehen ist, spielt keine Rolle, bedeutungsvoll sind nur die decem dies!

Das Ergebniss unserer Auseinandersetzung ist kurz gesagt das, dass die verschiedene Behandlung der gemma anulo inclusa einerseits, der materiae in aedificio cohaerentes anderer-

---

[1]) Siehe schon Pflüger a. a. O. S. 20 fg.

seits nur den Grund hat, dass dort beiderseits Mobilarersitzung, hier dagegen eine Combination von Immobilar- und Mobilarersitzung vorliegen würde, welche man deswegen für unmöglich erklärt, weil die verbauten Materialien keine Mobilien sind[1]). Mit der Besitzfrage hat das Ganze nichts zu thun.

---

[1]) Vgl. über die ganze Frage insbesondere Pflüger a. a. O. S. 8 fg. Seine Kritik der bisherigen Aufstellungen halte ich meistens für zutreffend. Er selbst hebt bereits das Moment der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit hervor, ohne jedoch bezüglich der Argumentation Iavolen's das wirklich entscheidende Moment klar und unzweideutig zu formuliren. Ich kann Pflüger nicht zugeben, dass zwischen der l. 23, cit. und l. 30 §. 1 cit. ein Widerspruch bestehe und dass deshalb beide nicht gelten. Ich meine, dass bei der unvermeidlichen Betonung der decem dies der Ausnahmecharakter nicht zu verkennen ist. Endlich halte ich auch die Schlussergebnisse, die Pflüger im §. 10 S. 52 zusammenstellt, bezüglich der corpora composita nicht für richtig, jedenfalls nicht für römisch. »Wer das Ganze besitzt, besitzt nothwendig durch das Ganze die Theile.« Ja, aber nur so lange, als sie Theile des Ganzen sind, ob auch später nach der Trennung, das hängt davon ab, ob der Besitzerwerbsgrund sich auch auf die Theile bezieht bezw. ob für sie ein besonderer Besitzerwerbsgrund besteht. »Wer die Sache ersessen hat, hat auch alle Theile ersessen.« Gewiss, wenn für diese Theile besondere Ersitzung begründet ist, also insbesondere, wenn sich die iusta causa auch auf sie erstreckt. Ist das nicht der Fall, so wirkt die Ersitzung des Ganzen für den Theil zwar so lange, als er Theil ist, dagegen ist von einer besonderen Ersitzung, deren Bedeutung nach der Lostrennung hervortritt, nicht die Rede. Besitzt z. B. A einen anulus cum gemma inclusa zu Folge eines Kaufes, so ersitzt er zweifellos beides, da nicht nur der anulus, sondern auch die gemma mit gekauft ist. Hätte aber Jemand ohne Wissen des A in den von ihm besessenen anulus eine gemma eingesetzt, so wird er nur den annulus, nicht auch die gemma besitzen und ersitzen. Das gleiche Resultat würde sich auch beim Haus ergeben, allein hier tritt der in l. 23 geltend gemachte Gesichtspunkt: die Unvereinbarkeit der Mobilar- und Immobilarersitzung entgegen. Ja, kann man in diesem Falle nicht sagen: also sollen die cementa wenigstens nach Ablauf der Immobilar-Ersitzungszeit ersessen sein! Das wäre aber eine reine Ausnahmebestimmung, denn man muss sich darüber klar sein, dass die Ersitzung der verbauten cementa doch die Ersitzung besonderer von der Immobilie verschiedener corpora ist und bleibt, welche an sich der Immobilar-Ersitzungszeit nicht unterworfen sind. Hätten wir l. 23 nicht, dann würde meines Erachtens der besondere Besitz der Theile allerdings zu der »unsinnigen Möglichkeit« führen, die Pflüger a. a. O. S. 52 am Schluss des §. 10 erwähnt, allein das ist ein Uebelstand, der mit der griechisch-römischen Auffassung der aedificatio im Gegensatz zur plantatio zusammenhängt, der aber übrigens von keiner so besonderen praktischen Tragweite ist.

Wandlungen in der Staatslehre Spinoza's.

Von

Adolph Menzel.

I. Einleitung.

Spinoza's Rechts- und Staatslehre gehört zu den originellsten Erscheinungen in der Geschichte der Geisteswissenschaften. Dennoch hat sie eine geringe historische Wirksamkeit entfaltet. Anfangs theilte sie das Schicksal seiner Philosophie; man ignorirte den verrufenen »Atheisten«. Als in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts seine Metaphysik bedeutende Köpfe zu fesseln begann — man denke an Lessing und Goethe — blieb doch seine Rechtsphilosophie ziemlich unbeachtet. Man hielt sie für einen nebensächlichen, fremdartigen Bestandtheil seines philosophischen Systems. Erst in unserem Jahrhundert fand sie Beachtung; »das bessere Verständniss seiner Staatslehre,« sagt Robert v. Mohl, »gereicht der philosophischen Bildung unserer Zeit zur Ehre« (Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften I, S. 235). Mit diesem »besseren Verständnisse« der Rechtsphilosophie Spinoza's hat es nun unseres Erachtens noch seine guten Wege. Nicht nur ist die Wiedergabe seiner Lehre meist ungenau und unvollständig, nicht nur wird der innere Zusammenhang mit seiner Metaphysik meist ausser Acht gelassen, es wird auch gar nicht der Versuch gemacht, die zu Tage liegenden Widersprüche aufzuklären. Die Schuld an diesem unbefriedigenden Zustande liegt zum Theile an Spinoza selbst. Die Terminologie, der er sich bedient, ist ungewöhnlich; er gebraucht manche Worte, welche im Laufe der Zeit eine bestimmte Prägung erhalten haben, wie jus, ratio, natura, in einem ganz abweichenden Sinne. Er hat ferner sein politisches

Hauptwerk in einem fragmentarischen Zustande hinterlassen; es fehlt die letzte bessernde Hand.

Ein weiterer Grund des mangelnden Verständnisses liegt in einem methodischen Gebrechen. Eine rein literargeschichtliche Forschung bringt niemals ein volles Verständniss politischer Theorien. Erst die Berücksichtigung der persönlichen Lebensverhältnisse eines Autors und namentlich die Erfassung seines socialen und politischen Milieu gewährt befriedigende Aufklärung. Dieser Satz gilt in vollem Masse von Spinoza's Staatslehre. Aber gerade bei ihm wurden jene historischen Hilfsmittel bisher nicht in Anwendung gebracht. Zur Entschuldigung kann es allerdings dienen, dass es an Vorarbeiten in dieser Richtung mangelt. Die biographische Forschung in Bezug auf Spinoza hat erst in den letzten Jahren einen Aufschwung genommen; von hervorragender Bedeutung ist namentlich das Werk von R. O. Mainsma, Spinoza en zijn kring (Spinoza und sein Kreis), Haag 1896. Allein es ist noch Vieles unaufgeklärt; das gilt namentlich von den politischen Ansichten der vertrauten Freunde des Philosophen, von den Zuständen in den Kirchengemeinden der Collegianten und Mennoniten, in deren Mitte Spinoza mehrere Jahre seines Lebens verbrachte.

Eine Hauptursache für das mangelnde Verständniss seiner Staatslehre erblicken wir endlich in der bisher herrschenden Meinung, dass sie eine einheitliche Emanation politischen Denkens sei. Sowohl in den allgemeinen Darstellungen der Geschichte der Staatslehre von Bluntschli, Mohl, Janet, als in den Monographien von Sigwart, Horn u. A. wird gleichmässig versucht ein harmonisches Bild von Spinoza's Staatslehre zu entwerfen. Der Gedanke, dass dieselbe Entwicklungsstadien durchgemacht haben kann, taucht gar nicht auf. Und doch liegt unseres Erachtens gerade in dieser Annahme die Lösung mancher Widersprüche und Dunkelheiten. Zu diesem Ende seien einige Bemerkungen über die zeitliche Abfassung der hieher gehörigen Schriften gestattet.

Spinoza's Staatslehre liegt in zwei, wenn man ganz genau sein will, in drei Bearbeitungen vor: in dem tractatus theologico-politicus, gedruckt 1670, im tr. politicus, erst 1678, nach dem Tode des Autors, veröffentlicht und in der Ethica, dem philosophischen Hauptwerke, das an einzelnen Stellen (das. lib. IV, pr. 35, 37) die Staatslehre berührt und gleichfalls erst nach Spinoza's Ableben publicirt wurde. Die Abfassungszeit dieser Schriften ist die folgende. Der theologisch-politische Traktat war schon um 1665 in den Haupttheilen fertig, was sich aus einem Briefe des Philosophen an seinen Freund Oldenburg vom 4. September 1665 ergibt; nach der Vermuthung von Avenarius ist unser Traktat zwischen 1657—1661 verfasst worden. An der »Ethik« arbeitete Spinoza durch sein ganzes Leben; die ersten urkundlichen Belege dafür stammen aus dem Jahre 1661; bis zu seinem Tode unterzog er sein Hauptwerk mehrfachen Umarbeitungen: Der »politische Traktat« wurde erst kurz vor dem Tode (21. Febr. 1677) verfasst; er blieb Fragment und zeigt deutlich den Mangel einer Revision; man vergl. K. Fischer, Spinoza 4. Aufl. S. 208 f.; Avenarius, Ueber die beiden ersten Phasen des Spinozistischen Pantheismus 1868.

Zwischen den beiden Hauptdarstellungen der Staatslehre liegt also ein Zeitraum von mindestens zwölf, wahrscheinlich aber zwanzig Jahren. Die Wandlungen zu zeigen, welche sich in einigen staatsphilosophischen Ansichten Spinoza's inzwischen vollzogen haben und ihre Ursachen zu erforschen, soll in Folgendem versucht werden. Es ist ein streng begrenztes Thema und stellt keineswegs das wichtigste Problem in Bezug auf die Rechts- und Staatslehre unseres Philosophen dar. Aber gerade diese Einengung des Themas dürfte sich als nützlich erweisen, da sie präcise Ergebnisse möglich macht.

II. Die Entstehung des Staates.

Nach dem älteren Traktate bedeutet der Staat einen Sieg der Vernunft über die Leidenschaft, und zwar in einem doppelten Sinne. Einmal weil die vernünftige Einsicht dazu führt, den Naturzustand, in welchem die Menschen elend und in Furcht leben, zu verlassen. Zweitens aber gelangen in den Staatsgesetzen, insbesondere des demokratischen Staates, die Vorschriften der Vernunft zum Ausdruck. Man vergleiche folgende Stellen: »Verum enim, quanto sit hominibus utilius secundum leges et certa nostrae rationis dictamina vivere . . . quod tamen minime potest contingere, quamdiu unicuique ad lubitum omnia facere licet, nec plus juris rationi, quam odio et irae conceditur.« »Adeoque firmissime statuere et pacisci debuerunt (homines) ex solo rationis dictamine omnia dirigere . . .« (tr. th. pol. cap. 16, Opera, ed. v. Vloten et Land I p. 554). »In statu naturali non plus rationi, quam appetitui esse.« »At, ut verae rationis documenta — vim juris absolute haberent necesse fuisse, ut unusquisque jure suo naturali cederet . . .« ». . . in imperio democratio omnes communi consensu deliberant, ex solo rationis dictamine vivere« (ib. cap. 19, p. 593, 594).

Hingegen ist es nach dem politischen Traktat der Naturtrieb und die Leidenschaft, welche zur Bildung des Staates führt. »Nam certum est homines naturae ductu in unum conspirare, vel propter communem metum vel desiderio damnum aliquod commune ulciscendi (cap. III, §. 9; opera I, p. 295). Noch deutlicher heisst es in cap. VI, §. 1: Quia homines, uti diximus magis affectu quam ratione ducuntur, sequitur, multitudinem non ex rationis ductu, sed ex communi aliqui affectu naturaliter convenire et una veluti mente duci velle.« Damit hängt es auch zusammen, dass, wie wir gleich zeigen werden, der Gesellschaftsvertrag, der doch ein Erzeugniss ver-

nünftiger Einsicht ist, in der politischen Abhandlung Spinoza's ganz in den Hintergrund tritt. Ebensowenig erblickt er jetzt noch in den Beschlüssen der höchsten Versammlung der Demokratie eine Verkörperung der Vernunftsgebote; hat sich doch auch in den politischen Ansichten des Denkens eine wesentliche Veränderung vollzogen.

Der Uebergang aus dem Naturzustand zum staatlichen Leben vollzieht sich nach dem theologisch-politischen Traktat durch einen Vertrag. Spinoza gebraucht hier abwechselnd die Ausdrücke in unum conspirare, pacisci, omne jus et potestatem transferre. Die staatliche Gewalt beruht auf einer freiwilligen Uebereinkunft der Menschen, welche auf ihr natürliches Recht, nach Belieben zu handeln und sich selbst zu vertheidigen, verzichten. Spinoza folgt hier, was näher zu begründen überflüssig wäre, der allgemeinen Ansicht seiner Zeit, welche unter dem Namen der naturrechtlichen bekannt ist. Aber er zeigt doch schon in der Formulirung des Staatsvertrages einen originellen Zug; noch mehr tritt dies darin hervor, dass er den Vertrag für sich allein nicht für ausreichend hält für die Fundirung der staatlichen Herrschaft.

Im Staatsvertrage versprechen sich die Menschen gegenseitig nach dem Willen Aller zu leben, statt wie bisher ihren individuellen Regungen zu folgen. »In unum conspirare debuisse, ac proinde efecisse, ut jus quod unusquisque ex natura ad omnia habet, collective haberent, neque amplius ex vi et appetitu unuscuique, sed ex omnium simul potentia et voluntate determinaretur (cap. 16, p. 554). Das Primäre ist also der Socialvertrag, die Vergesellschaftung alles Rechts, mag welche Staatsform immer gewählt werden.

Allein dieses gegenseitige Versprechen, sich dem Willen Aller zu unterwerfen, ist ungenügend. Worin liegt die Garantie, dass dasselbe auch künftig eingehalten werde? »Qua autem ratione pactum hoc inire debeat, ut ratum fixumque sit, hic jam videndum.« Es muss zu dem Versprechen noch etwas

hinzukommen und das ist die thatsächliche Uebertragung der Macht auf die Gesellschaft. »... pactumque omne summa cum fide servari, si nimirum unusquisque omnem, quam habet, potentiam in societatem transferat.« Erst dann ist der Gesellschaftsvertrag gesichert. Er hängt jetzt nicht mehr bloss von der vernünftigen Einsicht der Einzelnen ab, welche sie lehrt die hohen Vortheile des staatlichen Lebens zu schätzen. Der Gehorsam gegenüber der organisirten Gesammtheit ist nunmehr eine psychologische Nothwendigkeit; die Gesellschaft vereinigt die höchste Macht und hält auch den Unvernünftigen durch Zwang und Drohungen in Schranken. Die höchste Macht und das höchste Recht fallen zusammen und deshalb kann Spinoza sagen, dass seine Theorie die Gesellschaft entstehen lasse sine ulla naturalis juris repugnantia.

Die Entstehung des Staates ist also nicht ein blosser Rechtsact (ein Vertrag), sondern zugleich ein Thatact, die Vergesellschaftung der Macht. Der Vertrag kann schon aus dem Grunde nicht genügen, weil die bindende Kraft desselben erst im Staate Anerkennung findet und nach Naturrecht (im Sinne Spinoza's) Verträge nicht gehalten werden müssen. Es ist daher unmöglich, ihn allein zur Grundlage des Staates und der Rechtsordnung zu machen. Es muss dafür gesorgt sein, dass der Grundvertrag normalerweise eingehalten werden muss, weil sein Bruch mehr Schaden als Nutzen bringt (cap. 16, p. 555, 556).

Trotzdem bildet der Vertrag in der Gestalt der Abtretung des natürlichen Rechtes an die Gesellschaft, bezw. an die Träger der Staatsgewalt noch immer den primären Act bei der Einsetzung einer Regierung; vgl. z. B. cap. 17, p. 564: »homines suo jure ita cesserunt suamque potentiam in alium ita transtulerunt etc.«, »homo decrevit, jus suum vivendi ex proprio suo judicio in summam potestatem transferre«. »Pactum, quo unusquisque jure agendi ex proprio suo arbitrio cessit« (ib. cap. 20, p. 605). Spinoza verwendet diesen Ge-

danken sogar in seiner Erklärung der politischen Geschichte der Juden. Sie hätten nach ihrem Auszuge aus Aegypten auf Rath Mosis ihr Recht auf Gott übertragen. »Atque haec promissio, sive juris in Deum translatio eodem modo facta est, ac in communi societate supra concepimus fieri, quando homines jure suo naturali cedere deliberant« (p. 568). Später hoben die Juden diesen ersten Vertrag auf und übertrugen ihr Recht, Gott zu befragen und seine Gebote zu erklären, unbedingt auf Moses (cap. 17, p. 569).

Dies dürfte genügen, um zu zeigen, dass in unserem Traktate das juristisch-constructive Element für die Theorie der Staatsgewalt noch einen breiten Raum einnimmt.

In den späteren Schriften Spinoza's tritt jedoch dieses Moment vollkommen zurück; das realistisch-psychologische Element herrscht nahezu ausschliesslich.

Schon in der »Ethik« wird der Vertrag als Grundlage der Staatsordnung mit keinem Worte erwähnt. Hier wird (lib. IV prop. 37, scol. II) ausgeführt, dass ein Affect nur durch einen stärkeren und entgegengesetzten gehemmt werden kann und dass ein Jeder sich der Beschädigung eines Anderen enthält aus Furcht vor eigenem grösseren Schaden. »Durch dieses Gesetz kann die Gesellschaft sich festigen, sobald sie das Recht sich aneignet (sibi vindicet jus), was ein Jeder hat, sich zu rächen und über Gut und Schlecht das Urtheil zu fällen. Sie muss daher die Macht haben, die gemeinsamen Regeln des Lebens vorzuschreiben und Gesetze zu geben und diese nicht durch Vernunftsgründe, welche die Affecte zu hemmen nicht vermögen, sondern durch Drohungen zu sichern. Eine solche Gesellschaft, die durch die Gesetze und die Macht sich zu erhalten befestigt ist, heisst Staat und diejenigen, welche durch dessen Macht geschützt sind, heissen Bürger.«

Von einem Vertrage, einer Uebertragung der Rechte des Einzelnen auf die Gesellschaft, wird nicht mehr gesprochen.

Entscheidend ist jetzt nur die thatsächliche Concentration der Macht im Staate.

Nicht anders wird das Problem im politischen Traktat behandelt. Zwar wird einmal (cap. IV, §. 9) flüchtig von den contractus seu leges gesprochen, quibus multitudo jus suum in unum concilium vel hominem transfert. Allein in cap. V, §. 6 wird ausdrücklich erklärt, dass zwischen einem Regiment, das die Menschen frei errichten und dem durch Krieg erworbenen in Bezug auf das beiderseitige Recht kein wesentlicher Unterschied besteht. Namentlich aber ist an jener Stelle, welche den Uebergang des Naturzustandes in den bürgerlichen schildert, von einem Gesellschaftsvertrage keine Rede; jener Uebergang ist ein thatsächliches Geschehen, kein Rechtsact. Darnach entsteht ein Staat (cap. II, §. 15), wo die Menschen ein gemeinsames Recht haben und zugleich vermögen ein Land, das sie bewohnen und bebauen können, sich zu verschaffen, sich zu schützen, alle Gewalt zurückzuschlagen und nach dem gemeinsamen Willen Aller zu leben. Diese »Vereinigung« ist ein naturaliter convenire, die Menschen streben von Natur zu dem bürgerlichen Zustand, den sie auch niemals völlig auflösen können (cap. VI, §. 1).

III. Die Demokratie.

In der theologisch-politischen Abhandlung ist die Demokratie der Musterstaat. An ihr demonstrirt Spinoza die Entstehung des Staates und die Grundlagen der Staatsgewalt (Cap. 16).

»Talis vero societatis jus Democratia appellatur . . .« »Atque his imperii democratici fundamenta satis clare ostendisse puto . . . Reliquarum ergo potestatum fundamentis supersedeo, nec nobis, ut earum jus noscamus, scire jam opus est, unde ortum habuerint et saepe habeant . . . Die Betrachtung der übrigen Staatsformen erscheint ihm also für die Grundfragen der Staatslehre nicht nöthig.

In der politischen Abhandlung werden hingegen die drei Staatsformen schon in den allgemeinen Betrachtungen einander coordinirt (cap. II, §. 17). In der Einzeldarstellung wird vorerst die Monarchie (cap. VI, VII), dann die Aristokratie (cap. VIII—X), und erst am Schlusse die Demokratie (cap. XI) behandelt; gerade hier bricht die Darstellung ab.

Diese äussere Verschiedenheit in der Behandlung der Staatsformen, wie sie in den beiden Traktaten Spinoza's hervortritt, beruht keineswegs auf einem Zufalle. Die Demokratie wird in der theologisch-politischen Abhandlung nicht etwa bloss darum in den Vordergrund gestellt, weil sie sich als Demonstrationsobject besser eignet, als die anderen Staatsformen, sondern weil sie der Verfasser für die ideale Staatsverbindung hält. Wir werden später die Argumente vorführen, auf welche Spinoza diese Anschauung stützt. Zunächst ist aber zu zeigen, wie bedeutend die Wandlung ist, welche in der Frage der besten Staatsform der politische Traktat an den Tag legt. Bei aller Betonung des relativen Werthes der verschiedenen Verfassungsformen zeigt hier Spinoza doch deutlich eine Vorliebe für die Aristokratie. Nachdem er sowohl die centralistische als die föderalistische Gestalt dieser Staatsform geschildert hat, bemerkt er (tr. pol. cap. X, §. 9): »Cum itaque utriusque imperii Aristocratici jura fundamentalia cum ratione et communi hominum affectu convenire ostenderimus, possumus ergo affirmare, si qua ulla imperia haec necessario aeterna fore vel nulla culpabili causa, sed fato tantummodo aliquo inevitabili posse destrui.« Es ist also die Dauerhaftigkeit, welche den Vorzug der Aristokratie begründet.

Wohl im Zusammenhange mit dieser auch in anderen Stellen des politischen Traktates hervortretenden Neigung für die Aristokratie steht eine schärfere Betonung des Friedens und der Sicherheit als Zweck des Staates gegenüber der politischen und geistigen Freiheit, welche der theologisch-

politische Traktat in den Vordergrund stellt. Zwar ist auch in dem letzteren der Friedenszweck nicht ausser Acht gelassen und wiederum in politischem Traktat die bürgerliche Freiheit als wünschenswerth bezeichnet, aber die Nüancirung ist doch eine abweichende. Wir erinnern an die berühmte Stelle im zwanzigsten Capitel des tr. theol. pol., die mit den Worten schliesst »finis ergo reipublicae revera libertas est.«, verglichen mit tr. pol. cap. I, §. 6: animi enim libertas seu fortitudo privata virtus est, at imperii virtus securitas.

Es ist hiebei von besonderem Interesse festzustellen, dass Spinoza in seinem posthumen Traktate für die Werthschätzung der Staatsformen fast ausschliesslich politische Argumente ins Treffen führt. Im theologisch-politischen Traktate waren hingegen neben den politischen auch rechtsphilosophische Gesichtspunkte nachdrücklich geltend gemacht worden. Auch hierin zeigt sich eine gewisse Sinnesänderung, deren vermuthliche Ursache später zu besprechen sein wird. Vorher wollen wir noch die Apologie der Demokratie näher betrachten, wie sie der ältere Traktat aufweist. Es wird sich zeigen, dass Spinoza hiebei manche Gedanken vorbringt, welche in der Naturrechtslehre bis dahin nicht hervorgetreten waren und erst bei Rousseau wiederkehren.

Die Demokratie ist nach Spinoza die natürlichste Staatsform, da sie sich dem Naturzustande der Menschen am meisten nähert. Denn einmal bleiben die Menschen wie zuvor einander gleich; alle begeben sich ihres Rechtes in gleicher Weise, es erlangt Niemand ein Vorrecht. Dann aber bewahren sie auch ihre Freiheit, denn die Uebertragung der Gewalt erfolgt an die Gesellschaft, von der Jeder einen Theil bildet; die Unterwerfung geschieht keineswegs so, dass der Einzelne künftig nicht mehr befragt werden müsse. Die Ideale der Gleichheit und Freiheit finden also ihre Verwirklichung nur in der Demokratie und zwar in der unmittelbaren Demokratie, bei welcher die Versammlung der Bürger mit Stimmen-

mehrheit beschliesst, was Rechtens sein soll. Wir lassen die Belege folgen: tr. th. pol. cap. 16: »Talis vero societatis jus Democratia vocatur, quae proinde definitur coetus universus hominum, quae collegialiter summum jus ad omnia, quae potest, habet« (p. 556). »Atque his imperii Democratici fundamenta satis clare ostendisse puto, de quo prae omnibus agere malui, quia maxime naturale videbatur et maxime ad libertatem, quae Natura unicuique concedit, accedere. Nam in eo nemo jus suum naturale ita in alterum transfert, ut nulla sibi inposterum consultatio sit, sed in majorem totius societatis partem, cujus ille unam facit. Atque hac ratione omnes manent, ut antea in statu naturali, aequales« (p. 558).

Cap. 20: »In imperio enim Democratico (quod maxime ad statum naturalem accedit) omnes pacisci ostendimus, ex communi decreto agere ... ut id vim decreti haberet quod plurima haberet suffrogia retinendo interim autoritatem eadem, ubi meliora viderint, abrogandi« (p. 608).

Wir haben diese zerstreuten Aeusserungen Spinoza's zusammengestellt, da sie meist nicht die gebührende Beachtung gefunden haben. Es gibt aber eine Stelle im Traktat, welche bisher wohl allen Schriftstellern entgangen ist, die sich mit der Staatslehre unseres Philosophen beschäftigt haben, eine Stelle, welche durch ihre Uebereinstimmung mit einem Grundgedanken des »Contrat social« von Rousseau frappirend wirkt.

Sie findet sich allerdings in einem Capitel, wo man schwerlich Belehrung über staatsphilosophische Dinge erwarten kann. Das fünfte Capitel des Traktats hat die Ueberschrift: »Weshalb die gottesdienstlichen Gebräuche eingeführt worden und über den Glauben an die (biblischen) Geschichten; weshalb und für wen derselbe nöthig ist.« Mitten in einer Ausführung über die Bedeutung der religiösen Ceremonien im jüdischen Staate finden sich einige Sätze über die Entstehung der staatlichen Gemeinschaft und die Aufgabe der Staatsgewalt. Uns interessirt hier nur, was Spinoza bei dieser

Gelegenheit über die Demokratie äussert. Er hält sie für wünschenswerth, weil in ihr Jeder nur sich selbst und Niemand Seinesgleichen gehorcht. In der Demokratie gibt es — im Gegensatz zu den anderen Staatsformen — kein Verhältniss der Ueber- und Unterordnung, keine obedientia; das Volk bleibt gleich frei, da es nach eigener Uebereinstimmung handelt, nicht zufolge der Autorität eines Befehlenden.

»Ex his sequitur primo, quod vel tota societas, si fieri potest, collegialiter imperium tenere debet, ut sic omnes sibi, et nemo suo aequali servire teneatur . . . Denique, quoniam obedientia in eo consistet, quod aliquis mandata ex sola imperantis autoritate, exequatur, hinc sequitur, eandem in societate, cujus imperium penes omnes est et leges ex communi consensu sanciuntur, nullum locum habere, et, sive in tali societate leges angeantur vel minnantur, populum nihilominus aeque liberum manere, quia non ex autoritate alterius, sed ex proprio suo consensu agit« (p. 437).

Ganz dieselben Gedanken treten in der Formulirung hervor, welche Rousseau dem Gesellschaftsvertrage gibt. Ihm ist die Hauptfrage: »Trouver une forme d'association . . . par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéïsse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant.« Indem sich Jeder mit allen Rechten der Gesammtheit hingibt, wird dieser Erfolg erzielt; Alle bleiben gleich (la condition est égale pour tous) und indem sich Jeder Allem hingibt: ne se donne à personne; er bleibt frei (Contrat social I. c. 6). Wir werden später zeigen, dass diese merkwürdige Uebereinstimmung der beiden Denker auch andere Probleme der Staatslehre betrifft; hier sollte nur die rechtsphilosophische Begründung der unmittelbaren Demokratie berührt werden.

Es fehlt auch nicht an rein politischen Gesichtspunkten zu Gunsten dieser Staatsform im theolog.-polit. Tractat. Im demokratischen Staate könne es nicht so leicht vorkommen, dass die höchste Staatsgewalt etwas ganz Verkehrtes befiehlt,

nam fere impossibile est, ut major unius coetus pars, si magnus est, in uno absurdo conveniat (cap. 16, p. 557). Auch dieser Gedanke kehrt bei Rousseau wieder: parce qu'il est impossible, que le corps veuille nuire à tous ses membres (C. s. I. cap. 7). Ferner sucht Spinoza an geschichtlichen Beispielen zu zeigen, dass die Volksherrschaft die Gesetze unverderbt erhält, Kriege selten macht (theol. tr. cap. 18, p. 587), vor Allem aber, dass die Demokratie den freien Gebrauch aller Kräfte ermöglicht (cap. 20, p. 604). Von der Verbindung der Vernunftherrschaft mit der Demokratie war bereits in einem anderen Zusammenhange die Rede.

Im politischen Traktate wird zwar auch noch das Volk als die Quelle der Souveränität anerkannt. Hoc jus, quod multitudinis potentia definitur, imperium vocatur. Atque hoc is absolute tenet, qui curam reipublicae ex communi consensu habet (cap. II, §. 17); nach cap. IV, §. 6 überträgt die Volksmenge ihr Recht auf einen Einzelnen oder eine Versammlung. Allein die Demokratie wird jetzt nicht mehr als die natürliche Staatsform bezeichnet; in bürgerlichem Zustande ist Niemand sui juris, sondern civitatis juris, ohne Unterschied der Staatsform; immer ist anzunehmen, dass der Wille des Staates der Wille Aller ist (cap. III, §. 5). Für die Bewerthung der Verfassungsform kommen jetzt nicht mehr rechtsphilosophische, sondern nur politische Erwägungen in Betracht. »Qualis autem cujuscunque imperii sit status, facile ex fine status civilis cognoscitur: qui scilicet nullus alius est, quam pax vitaeque securitas. Ac proinde illud imperium optimum est, ubi homines concorditer vitam transigunt et cujus jura inviolata servantur« (cap. V, §. 2).

An einer anderen Stelle heisst es: Anima autem imperii jura sunt; his igitur servatis, servatur necessario imperium (cap. X, §. 9). Friede, Sicherheit und Gesetzmässigkeit haben die Idee der Freiheit zurückgedrängt.

IV. Die Freiheitsrechte.

Das Recht der freien Meinungsäusserung, welchem der theologisch-politische Traktat einen so beredten Ausdruck gegeben hat, wurde von Spinoza auch in den späteren Jahren stets vertreten. Ein Denker, welcher den herrschenden Ansichten so vielfach entgegentrat, hätte sich selbst aufgeben müssen, wenn er jenes Grundrecht bezweifelte. Dennoch glauben wir auch in Bezug auf die Freiheitsrechte, speciell in Bezug auf die Freiheit des religiösen Bekenntnisses zeigen zu können, dass der posthume politische Traktat einige bemerkenswerthe Abweichungen von früheren Ansichten hervortreten lässt. Um dies zu verstehen, wird es nöthig sein, vorerst darzustellen, in welcher Weise der theologisch-politische Traktat das Recht der freien Meinungsäusserung begründet.

Es sind zwei verschiedene Gesichtspunkte, welche Spinoza zu Gunsten dieses Rechtes geltend macht, einen politischen und einen naturrechtlichen. Der erste besagt: der Staat, namentlich der Freistaat, handelt höchst unklug, wenn er den Unterthanen diese Freiheit nicht belässt; der zweite, dass der Staat gar nicht berechtigt ist in diese Sphäre einzugreifen, er begeht ein Unrecht, wenn er die Gewissensfreiheit einschränkt. Schon in der Vorrede zum Traktat treten diese beiden an sich total verschiedenen Gruppen von Argumenten neben einander auf und werden in der Darstellung selbst (cap. 16—20) vielfach unter sich verkettet.

Es seien einige Proben gestattet, zunächst für die politische Argumentation. Die Einmischung der Staatsgesetzgebung in specultative Fragen erzeugt nicht selten Unruhen (praefatio, opera I, p. 371), dies zeigt die jüdische Geschichte (cap. 18, p. 589), insbesondere aber der Streit der Remonstranten und Contraremonstranten in den Niederlanden (cap. 20, p. 609); »als hier die Stände und die Staatsmänner eingriffen, wurde eine Religionsspaltung daraus und viele Fälle bewiesen damals,

dass Religionsgesetze, welche den Streit beilegen wollen, die Menschen mehr erbittern als bessern«. Dies führt auch zu einer Erschütterung der Staatsautorität, indem die Menschen die Gesetze verwünschen und gegen die Obrigkeit sich vergehen (ib. p. 607), ferner entsteht nothwendig Heuchelei. »Aber man nehme an, dass diese Freiheit unterdrückt und die Menschen so geknebelt werden können, dass sie nur nach Vorschrift der höchsten Staatsgewalt einen Laut von sich geben, so wird es doch nie geschehen, dass sie auch nur das denken, was diese will, und folglich werden die Menschen täglich anders reden, als sie denken; die Treue, welche dem Staate so nöthig ist, würde untergraben und Untreue würde dann gehegt und damit der Betrug und der Verderb aller guten Künste« (ib. p. 606). Die Geistesfreiheit ist überdies zur Beförderung der Wissenschaften und Künste unentbehrlich, »sie können nur von denen mit glücklichem Erfolge gepflegt werden, welche ein freies und nicht voreingenommenes Urtheil haben«. Namentlich aber schafft die Bedrückung der Meinungsfreiheit ein gefährliches Märtyrerthum. »Welches grössere Uebel gibt es für einen Staat, als dass rechtliche Männer, welche anders denken und sich nicht verstellen können, wie Verbrecher in die Verbannung geschickt werden? Was ist verderblicher als Menschen nicht wegen eines Verbrechens oder einer Unthat, sondern wegen ihres freien Sinnes für Feinde zu halten und zum Tode zu führen, so dass die Richtstätte, der Schrecken der Schlechten, sich in das schönste Theater verwandelt, wo ein Beispiel höchster Duldung und Tugend zur Schande der Majestät des Staates dargeboten wird« (p. 608).

Gegenüber diesen Glanzstücken politischer Beredsamkeit — sie erscheinen noch bedeutender, wenn man sich die Zeitverhältnisse vor Augen hält, in welchen sie geschrieben wurden — treten die rechtsphilosophischen Argumente für die Geistesfreiheit, denen wir uns nunmehr zuwenden, einigermassen in den Hintergrund. Spinoza scheint dies selbst zu fühlen.

»Allerdings kann die Staatsgewalt alle mit ihr nicht Uebereinstimmenden mit Recht für Feinde erklären, aber ich spreche hier nicht von ihrem Recht, sondern von dem Nützlichen« (p. 603). Allein er bleibt diesem Vorsatze nicht treu; er versucht vielmehr nachzuweisen, dass der Staat auch nicht berechtigt sei, die Freiheit der Meinungsäusserung einzuschränken. Nur nebenher erwähnen wir das Argument: der Staat hat deshalb kein Recht dazu, weil er nicht die Macht besitzt, Meinungsäusserungen zu hindern. Es hängt dieser Satz mit einer Grundlehre der Rechtsphilosophie Spinoza's zusammen, wornach das Recht sich nach der Macht bestimmt. Allein Spinoza legt dieser Erwägung keine entscheidende Bedeutung bei, in dem richtigen Gefühle, dass damit ein allgemeines Ergebniss nicht zu erzielen sei; es würde dann immer nur eine Thatfrage bleiben, ob der Staat die Geistesfreiheit zu respectiren hätte. Ebenso macht er nur nebenher die Bemerkung, dass die Rechtsordnung lediglich Handlungen, nicht innere Meinungen und Urtheile treffen könne, dass ihre Aeusserung keine Handlung sei, so lange nur einfach gesagt und gelehrt wird ohne Absicht der geäusserten Ansicht Geltung zu verschaffen (p. 604).

Von Wichtigkeit sind vielmehr nur jene Erwägungen, welche sich auf die Existenz von unantastbaren subjectiven Rechten der Staatsbürger beziehen, in welche die Staatsgewalt nicht eingreifen dürfe. Aber gerade bei diesem Gegenstande, welcher in der Geschichte der Staats- und Rechtslehre eine so wichtige Rolle spielt, verräth unser Traktat ein sprunghaftes Denken, wodurch es schwierig wird, ein gesichertes Ergebniss zu gewinnen. Hiebei zeigt sich eine auffallende Aehnlichkeit mit den hieher gehörigen, gleichfalls unklaren und widerspruchsvollen Aeusserungen Rousseau's in seinem contrat social, was später noch genauer zu zeigen ist.

Im 16. Capitel des theologisch-politischen Traktats wird die Staatsgewalt als eine rechtlich unbeschränkte dargestellt. Im

Gesellschaftsvertrag, der dem Naturzustande ein Ende macht, unusquisque omnem, quam habet, potentiam, in societatem transfert, quae adeo summum naturae jus in omnia, hoc est summum imperium sola retinebit (p. 556). Es besteht eine unbedingte Gehorsamspflicht gegenüber der höchsten Staatsgewalt, hoc enim tacite vel expresse pacisci debuerunt omnes; cum omnem suam potentiam se defendendi, hoc est omne suum jus in eam transtulerunt. Niemand konnte sich etwas vorbehalten. »Wollten sie nämlich sich etwas vorbehalten, so müssten sie gleichzeitig sich dessen versichern, womit sie es vertheidigen könnten; da sie das aber nicht gethan haben und ohne Theilung der Herrschaft, folglich ohne deren Zerstörung nicht konnten, so haben sie sich dadurch der Willkür der höchsten Gewalt unbedingt unterworfen.«

Allein gleich im folgenden (17.) Capitel wird diese Lehre als blosse Theorie bezeichnet. »Nam nemo unquam suam potentiam et consequenter neque suum jus itu in alium transferre poterit, ut homo esse desinat.« Diese völlige Entäusserung alles Rechtes gegenüber der Staatsgewalt stehe im Widerspruche mit der Erfahrung. »Quare concedendum, unumquemque multa sibi sui juris reservare, quae propterea a nullius decreto, sed a suo solo pendent.« »Obgleich ich das Recht und die Macht des Staates sehr ausgedehnt auffasse, so kann sie doch nie so gross sein, dass deren Inhaber ohne jede Schranke die Macht zu allem, was sie wollen, hätten« (p. 566). Im 19. Capitel heisst es, dass der innere Gottesdienst zu den besonderen Rechten jedes Einzelnen gehört, welche auf einen Anderen nicht übertragen werden können (p. 592). Ebenso lesen wir im Beginn des 20. Capitels, dass Niemand sein Vermögen frei zu denken und über alles zu urtheilen, auf einen Anderen übertragen kann, »haec enim unuscujusque jura sunt, quo nemo, et si velit, cedere potest«.

Man kann die allgemeinen Menschenrechte kaum schärfer formuliren, als das hier von Spinoza geschehen ist. Wie ver-

trägt sich aber diese Lehre mit den vorher citirten Aeusserungen über die Unbeschränktheit der Staatsgewalt? Der Gegensatz zwischen Theorie und Praxis, auf den Spinoza im 17. Capitel hinweist, gibt keine genügende Erklärung, denn auch die jura unuscujusque sind von ihm aus dem Wesen des Menschen abgeleitet, nicht bloss aus der Erfahrung. Am ehesten könnte man aus der praefatio des Traktats Aufklärung erwarten, welche die Ergebnisse desselben zusammenfasst. Allein auch hier stehen die so schwer zu vereinigenden Lehrsätze friedlich beisammen. »Ostendo, eos, qui summum imperium tenent, jus ad omnia, quae possunt, habere, solosque vindices juris et libertatis esse, reliquos autem ex solo eorum decreto omnia agere debere. Verum quoniam nemo potestate sua se defendendi ita privari posse, sed subditus quaedam quasi naturae jure retinere, quae iis adimi non possunt sine magno imperii periculo, quaeque adeo ipsis vel tacite conceduntur, vel ipsi expresse cum iis, qui imperium tenent, stipulantur.« Hier ist sogar ein rein politischer Gesichtspunkt — die Gefahr, welche dem Staate aus der Nichtbeachtung der Unterthanenrechte droht — in die rechtsphilosophische Argumentation verwoben.

Soviel dürfte aber klar geworden sein: Im theologisch-politischen Traktat wird dem Staatsbürger eine unantastbare Rechtssphäre zuerkannt, insbesondere die Freiheit der Meinungsäusserung und der »innere Gottesdienst«; die Ordnung des äusseren Gottesdienstes wird der Staatsgewalt zugesprochen (eine bedenkliche Unterscheidung, auf welche hier nicht näher einzugehen ist); begründet wird dies nicht nur mit politischen, sondern auch mit rechtsphilosophischen Argumenten. Wenden wir uns nunmehr der Betrachtung dessen zu, was der politische Traktat über diesen Gegenstand enthält.

Da können wir vor Allem feststellen, dass von einer Annahme subjectiver Rechte der Staatsbürger keine Rede ist. In den hieher gehörigen Erörterungen (cap. III, §§. 6—10) wird die Staatsgewalt als eine rechtlich schrankenlose hin-

gestellt; von vorbehaltenen Rechten, auf welche der Einzelne gar nicht verzichten könne, wird nichts erwähnt. Die Garantie gegen den Missbrauch der Souveränität liegt vielmehr darin, dass der Staat zu gewissen Dingen gar nicht die Macht besitzt. »Sequitur, quod ea omnia ad quae agenda nemo praemiis aut minis induci potest, ad jura civitatis non pertineant.« Und selbst wenn der Staat so weit eingreifen könnte, wird er es nicht thun, um nicht den Unwillen der Bürger zu erregen und damit seine eigene Existenz in Gefahr zu bringen. Der Staat hat das Recht, solche Dinge, welche Abscheu erwecken, zu befehlen, heisst also, der Staat hat das Recht, sein eigener Feind zu sein. Nur der Staat ist wirklich mächtig, der seine Gewalt vernünftig gebraucht, gleichwie auch der einzelne Mensch dann am mächtigsten ist, wenn er sich von der Vernunft leiten lässt.

Es sind also ausschliesslich politische Erwägungen, welche der rechtlich unbeschränkten Staatsgewalt Grenzen setzen, die übrigens ganz unbestimmt gelassen werden. Was nun speciell die Freiheit der Wissenschaft und des religiösen Bekenntnisses betrifft, so scheint Spinoza in dieser Frage zwischen den verschiedenen Staatsformen unterscheiden zu wollen. In der Monarchie sind keine Kirchen auf Kosten der Städte zu erbauen und keine Gesetze über Meinungen zu erlassen, so lange sie sich nicht gegen die Grundlagen des Staates richten. Der König kann zur Uebung der Religion, welcher er zugethan ist, eine besondere Kirche in seiner Residenz haben (cap. VI, §. 40). Also keine Staatsreligion, Trennung der Kirche vom Staate! Ganz anders lauten die Vorschläge für die Aristokratie. Spinoza verweist hier (cap. VIII, §. 46) zunächst auf den theologisch-politischen Traktat und fährt dann fort: »Doch ist da Einiges unerwähnt geblieben, was dort nicht hingehörte. Es müssen nämlich alle Patrizier derselben Religion zugethan sein und zwar der einfachsten und allgemeinsten, wie ich sie in jener Abhandlung beschrieben habe.« Es sei dies nöthig

zur Verhinderung von Religionssecten unter den Patriziern und damit sie nicht, vom Aberglauben befangen, den Unterthanen die freie Meinungsäusserung entziehen. Wie ist dieser merkwürdige Passus zu verstehen?

Spinoza lehrt im theologisch-politischen Traktat, dass die Religion auf wenige und einfache Lehren zurückgeführt werden könne (cap. 11 i. f.); der Kern der heiligen Schrift liege darin, Gott über alles zu lieben und den Nächsten wie sich selbst (cap. 12); die Bibel lehre nur ganz Einfaches und verlange Gehorsam (cap. 13). Bei dieser Auffassung, welche alle speculativen Fragen entfernt, bleibt kein Raum für theologische Streitigkeiten (cap. 14). Es lassen sich daher Lehrsätze des allgemeinen Glaubens aufstellen; es werden nun von Spinoza sieben derartige Glaubensartikel aufgestellt und daran schliesst sich die Bemerkung: »Quae doctrina quam salutaris quamque necessaria sit, in republica, ut homines pacifice et concorditer vivant, . . . omnibus judicandum relinquo.« Das ist also jene einfachste und allgemeinste Religion, deren Geltung heilsam und insofern nothwendig ist im Staate, um Streitigkeiten zu verhindern. Im theologisch-politischen Traktat ist jedoch Spinoza weit entfernt von dem Gedanken, eine solche allgemeine Religion von Staats wegen einführen zu lassen. Ihre innere Wahrheit werde sich allmählig Geltung verschaffen und der Staat soll ihr nicht in den Weg treten, da sie ihm nützlich sei. In der politischen Abhandlung geht er jedoch, wie die obige Stelle ergibt, einen Schritt weiter; für die Aristokratie verlangt er, dass alle Patrizier dieser allgemeinen Religion angehören müssen. Spinoza erscheint hier als Vorgänger Rousseau's in Bezug auf den bedenklichen Plan einer religion civile — eine bisher völlig unbeachtete Erscheinung. Wir kommen weiter unten noch darauf zu sprechen. Hier handelt sich's nur darum, festzustellen, dass der Philosoph mit jenem Vorschlage eine Bresche schlägt in das sonst so glänzend vertheidigte Princip der Glaubensfreiheit. Es ist allerdings möglich, dass er dasselbe

für die Demokratie nach wie vor unversehrt erhalten wissen wollte. Eine directe Aeusserung besitzen wir hierüber nicht, da der politische Traktat Fragment geblieben ist.

V. Spinoza und Rousseau.

Im Laufe unserer Darstellung war schon wiederholt Gelegenheit, darauf hinzuweisen, dass Spinoza's Staatslehre in ihrer ersten, idealistischen Gestalt Gedanken vorweg nimmt, welche ein Jahrhundert später in dem zündenden »Contrat social« des grossen Genfers hervortreten. Es erscheint uns nicht überflüssig, auf diese Uebereinstimmung nochmals zurückzukommen und sie zusammenhängend darzulegen. Denn in der Geschichte der politischen Wissenschaft blieb dieser Parallelismus, der sich in manchen Fragen bis auf die Wortfassung erstreckt, unseres Wissens bisher völlig unbeachtet. Ist doch selbst in dem neuesten, übrigens ganz verdienstlichen Werke von Liepmann, »Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau«, Berlin 1898, dieser Zusammenhang nicht erwähnt; die Idee der religion civile z. B. wird als durchaus originell bezeichnet, obwohl sie bei Spinoza klar ausgesprochen ist. Wir wollen übrigens die Frage nicht näher untersuchen, ob diese Uebereinstimmung als eine bewusste Entlehnung anzusehen sei. Dass Rousseau den theologisch-politischen Traktat gekannt hat, steht allerdings fest; vgl. Liepmann, S. 18, Note 2; immerhin wäre es auch möglich, dass er auf eigenen Wegen zu Ergebnissen gelangte, welche mit manchen Lehrsätzen unseres Philosophen übereinstimmen. Uns genügt die Feststellung, dass die betreffenden (durchaus nicht alle) Aufstellungen des »contrat social« der objectiven Originalität entbehren.

Zunächst ist die Formulirung des Gesellschaftsvertrages bei Rousseau als l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté (c. s. I, 6) nahezu dieselbe wie im 16. Cap. des theologisch-politischen Traktats: unusquisque omne, quod habet potentiam seu omne jus suum

in societatem transfert. Beide Denker lehren eine absolute Veräusserung aller Individualrechte an die Gesammtheit und leugnen die Möglichkeit einer Zurückbehaltung einzelner Rechte, Spinoza, weil ohne Theilung der Souveränität der Einzelne sich die Vertheidigung dieser Rechte nicht sichern kann, Rousseau, weil es keinen Richter geben kann zwischen dem Einzelnen und der Gesellschaft und der Naturzustand wieder eintreten müsste, wenn der Einzelne darüber selbst richten wollte. Wir haben nun oben gesehen, wie Spinoza den Versuch macht, einmal diese schrankenlose Macht des Staates als ungefährlich hinzustellen, dann aber doch auch dem Einzelnen eine freie unantastbare Rechtssphäre, insbesondere das Recht der freien Meinungsäusserung zuzuerkennen.

Wie stellt sich nun Rousseau zu dieser Frage? Seine Aeusserungen sind so schwankend, dass zwei ganz verschiedene Auffassungen über die Stellung des »Contrat social« zu den Menschenrechten entstehen konnten. Einmal wurde er als der geistige Urheber der berühmten »Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« in der französischen Revolution bezeichnet (z. B. Janet), von anderer Seite (besonders Jellinek) wird Rousseau hingegen als principieller Gegner aller Freiheitsrechte des Einzelnen hingestellt. Die letztere Auffassung ist zutreffend, wenn man nur dabei beachtet, dass es nicht an Ansätzen fehlt, das Princip des Staatsabsolutismus zu mildern, wobei Manches an Spinoza erinnert.

»Des bornes du pouvoir souverain« lautet die Ueberschrift im C. s. II, c. IV; es wird gesprochen von »droit naturel dont les citoyens doivent jouir en qualité d'hommes«. Das ist gegenüber der aliénation totale als Clausel des Gesellschaftsvertrages ein kühner Sprung, fast ebenso kühn wie das 17. Cap. des theologisch-politischen Traktats im Verhältniss zum 16. Cap., »nam nemo inquam suam potentiam neque suum jus ita in alium transferre poterit, ut homo esse desinat«. Man muss zugestehen, fährt Rousseau an jener Stelle fort, dass

Jeder im Gesellschaftsvertrage von seiner Macht, seinen Gütern, seiner Freiheit nur veräussert: la partie de tout cela, dont l'usage importe à la communauté. So sagt auch Spinoza: »Quare concedendum, unumquemque multa sibi sui juris reservare.« Allein nun machte Rousseau eine Schwenkung, welche den Werth jener Concession völlig aufhebt: »mais il faut convenir aussi, que le souverain seul est juge de cette importance.« Dann kann natürlich von einer unantastbaren Rechtssphäre des Einzelnen nicht mehr gesprochen werden. Es bildet nur einen mageren Trost, wenn es weiter heisst: »le souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communité; il ne peut pas même le vouloir, car sous la loi de raison rien ne se fait sans cause, non plus, que sous la loi de nature.« Aehnlich hatte schon Spinoza gesagt: Es kann nur höchst selten vorkommen, dass die höchste Staatsgewalt absurde Befehle erlässt, denn sie selbst muss zu ihrem Nutzen für das gemeine Wohl sorgen und alles nach den Vorschriften der Vernunft lenken (tr. th. pol. cap. 16, I, p. 557; ähnlich tr. pol. cap. III, §. 7). Man vergleiche noch folgende Stellen: Contrat social I, 7: »Or le souverain n'étant formé, que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur; par conséquence la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets; parce qu'il est impossible, que le corps veuille nuire à tous ses membres.«

»Nam fere impossibile est ut major unius coetus pars in uno absurdo conveniat« (tr. theol. pol. a. a. O.); das ist auch bei Spinoza ein Hauptargument für die demokratische Staatsform.

Wenden wir uns nun der Betrachtung eines speciellen Freiheitsrechtes, der Religionsfreiheit zu. Das Princip ist für Rousseau auch hier: der Staat kann eingreifen soweit das öffentliche Interesse es erfordert. »Ces sujets ne doivent donc compte au souverain des leurs opinions, qu'autant que ces

opinions importent à la communauté« (C. s. IV, 8). Der Staat muss also religiöse Meinungen nicht dulden, welche der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten abträglich sind; im Uebrigen hat er sich nicht einzumischen; Dekrete über religiöse Dogmen sind unzulässig. Aber Rousseau begnügt sich bekanntlich nicht mit dieser negativen Abgrenzung; er versucht auch die Aufstellung eines bürgerlichen Glaubensbekenntnisses, das jeder Unterthan abzulegen hat. Er meint damit einen Katechismus socialer und moralischer Pflichten aufzustellen; in Wirklichkeit enthält jedoch diese religion civile religiöse Dogmen und bedeutet demnach einen schweren Bruch mit dem Grundsatze der Gewissensfreiheit. Wir haben hier nur in sofern darauf einzugehen, als es der Vergleich mit Spinoza erfordert.

Da ist nun zunächst festzustellen, dass ein theologisch-politisches Traktat die Gewissensfreiheit und das Recht der freien Meinungsäusserung ohne jeden Rückhalt (insbesondere des gefährlichen intérêt publique) postulirt wird; nur geradezu aufrührerische Meinungen können unterdrückt werden, nicht weil sie Meinungen, sondern weil sie Thaten sind (Cap. 20). Spinoza nimmt also hier den vorgeschritteneren Standpunkt ein, während Rousseau ersichtlich von den Traditionen des Calvinismus beeinflusst ist.

Was nun die religion civile betrifft, so ist der Gedanke einer natürlichen Religion, einer Loslösung der religiösen Grundwahrheiten von der dogmatischen Unterlage durchaus nicht neu. Gerade im theologisch-politischen Traktat findet sich ein solcher Versuch, allerdings zunächst ohne jede politische Tendenz. Es wird nicht ohne Interesse sein, diese Glaubensartikel mit Rousseau's Dogmen zu vergleichen:

»L'existence de la divinité puissante, intelligente, bienfaisante, prévoyante et pourvoyante, la vie à venir, le bonheur des justes, les châtiment des méchants, la sainteté du contrat social et des loix; voilà les dogmes positifs. Quant

aux dogmes négatifs je les borne à un seul c'est l'intolerance.« Nach Spinoza sind die fidei universalis dogmata (Cap. 14, Opera I, 541): Deum, hoc est ens supremum justum et misericordem existere; eum esse unicum, eum ubique esse praesentem; ipsum in omnia supremum habere jus et dominum; cultum Dei in sola justitia et charitate, sive amore erga proximum consistere; omnes, qui hac vivendi ratione Deo obediunt, salvos tantum esse, reliquos autem perditos; denique Deum poenitentibus peccata condonare. Diese Lehre erklärt Spinoza als heilsam für den Staat: im politischen Traktat geht er noch einen Schritt weiter und verlangt, wie oben gezeigt wurde, unter Umständen staatliche Geltung jener allgemeinen Religion: »Omnes patricii ejusdem religionis, simplicissimae scilicet et maxime catholicae, qualem in tr. theol. pol. descripsimus, esse debent.« Wenn daher Liepmann (a. a. O. S. 142) meint: »Diesem (Rousseau) ist durchaus originell das Streben eigenthümlich für politische Fragen, den dogmatischen Theil des Christenthums von seinen ethischen Grundlehren loszulösen«, so dürfte das Vorhergehende die Unrichtigkeit dieser Meinung erwiesen haben.

Auf die völlige Uebereinstimmung der beiden Denker in der Begründung der unmittelbaren Demokratie als ideale Staatsform wurde bereits oben aufmerksam gemacht. Nur in ihr bleiben die Menschen, was sie im Naturzustande waren, gleich und frei, sie gehorchen Niemand als sich selbst. Das hatte vor Rousseau kein Schriftsteller so scharf formulirt wie Spinoza, auch nicht die sonst als Vorgänger öfters genannten Althusius, Locke, Sidney. Wir fügen hier hinzu, dass Spinoza eine Demokratie mit Repräsentation, also die mittelbare Demokratie ebenso ablehnt wie später Rousseau. Sobald gewählt wird, ist eine Aristokratie vorhanden, keine Volksherrschaft. Selbst wenn nach der Verfassung nur die Aeltesten oder die, welche einen gewissen Betrag an Steuern dem Staate entrichten, das Stimmrecht in der höchsten Versammlung

haben, so wird ein solches Regiment dennoch ein demokratisches sein, weil die Bürger nicht als die Besten gewählt werden, sondern nach dem Gesetze dazu berechtigt sind (tr. pol. XI, §. 2). Dagegen ist der Herrscher bei Spinoza nicht bloss ein Agent des Volkes. In der Aristokratie ist die Optimatenversammlung, in der Monarchie der König der wirkliche Souverän, auf den durch einen (zweiten) Vertrag alle Rechte übertragen sind, bei Rousseau erscheinen sie immer nur als Beauftragte des allein souveränen Volkes.

VI. Spinoza's Milieu.

Spinoza's politischer Liberalismus ist ein natürliches Erzeugniss seiner persönlichen Erfahrungen und des socialen Milieu, in dem er lebte. Am einfachsten lässt sich dies für das Postulat der Religionsfreiheit zeigen. Seine Ausstossung aus der Amsterdamer Judengemeinde ist zu bekannt, als dass es einer Schilderung dieses Ereignisses an dieser Stelle bedürfte. Die Vertheidigungsschrift, welche Spinoza damals verfasste, soll bereits einen Theil jener Erwägungen enthalten haben, mit welchen später im theologisch-politischen Traktat jede äussere Kirchengewalt und ebenso jede staatliche Einmischung in speculative Fragen bekämpft wird. Die politischen Zustände unterstützten kräftig diese aus persönlicher Erfahrung gewonnene Ueberzeugung. Holland war im 17. Jahrhundert der einzige Staat in Europa, in welchem alle wegen religiöser Meinungen Verfolgten ein Asyl fanden: die Juden aus Spanien und Portugal, die Hugenotten aus Frankreich, die Baptisten aus Deutschland, die Sozinianer aus Polen.

Unter den holländischen Städten war es gerade Amsterdam, wo die Duldung aller Confessionen am meisten geübt wurde. Hier hatten die durch die Synode von Dordrecht ausgestossenen Arminianer eine Kirchengemeinde, und die später so bedeutungsvolle puritanisch-independistische Bewegung in England fasste an diesem Orte zuerst Wurzel. Spinoza selbst

rühmte diese exceptionelle Stellung seiner Vaterstadt mit folgenden Worten: »In Amsterdam, dieser blühenden und vortrefflichen Stadt, leben alle Völker und Sekten in höchster Eintracht, und will man da sein Vermögen Jemand anvertrauen, so fragt man nur, ob er reich oder arm sei, ob er redlich oder betrügerisch zu handeln pflege; im Uebrigen kümmert sie die Religion und Sekte nicht; selbst die Anhänger der verhasstesten Sekten werden, wenn sie nur Niemand verletzen, Jedem das Seinige geben und ehrlich leben, durch das Ansehen und die Hilfe der Obrigkeit geschützt« (tr. theol. pol. cap. 20). Eine solche Stadt war geradezu prädestinirt, einen theoretischen Verfechter der Glaubensfreiheit in die Welt zu entsenden.

Auch literarische Vorgänger hat Spinoza gerade auf heimathlichem Boden besessen. Es ist der muthige Coornhert, der in zahlreichen Schriften schon am Ende des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts die Idee der Gewissensfreiheit vertheidigt hatte; vgl. über diesen wenig bekannten Denker besonders Laurent, Études de l'histoire de l'humanité, t. IX, p. 420 ff., 505 ff. An persönlichen Verfolgungen hat es ihm natürlich nicht gefehlt. Man würde überhaupt irren mit der Annahme, dass die milde Praxis gegenüber den verschiedenen Confessionen in allen Provinzen der Niederlande ausgeübt wurde; vielmehr nahm Holland eine exceptionelle Stellung ein und auch hier kam es nicht selten zu Rückschlägen. Musste doch Spinoza dies am eigenen Leibe erfahren; sein theologisch-politisches Traktat wurde auf Betreiben der entrüsteten Geistlichkeit verboten. Das persönliche Verdienst unseres Denkers bleibt also noch immer ein bedeutendes, wenn auch das ganze Milieu für die Ausbildung der Idee von der Religionsfreiheit einen günstigen Boden abgab.

Wie steht es nun aber mit den eigentlich politischen Gedanken unseres Traktats? War auch hier die Theorie nur ein Reflex der bestehenden politischen Zustände? Es ist nicht

zu bezweifeln, dass in dieser Beziehung die Anregung eine bedeutende war. In Holland herrschte nicht nur religiöse Duldung, sondern auch politische Freiheit. »Zwanzig Jahre einer parlamentarischen Republik im 17. Jahrhundert« betitelte Lefévre-Pontalis seine treffliche historische Monographie »Jean de Witt« (Paris 1884); man kann die politischen Zustände von 1652—1672 nicht besser charakterisiren. Das halb monarchische Element in der Staatsverfassung der Niederlande, die Statthalterschaft der Prinzen von Oranien, war damals ganz beseitigt worden und lag die höchste Gewalt ausschliesslich in den »Staaten«, d. h. den Ständen in ihrer doppelten Gestalt als Provinzial- und als Generalstaaten. Die Niederlande bildeten eine förderative Republik; ihr leitender Minister war in jenen 20 Jahren Jan de Witt.

Daneben hatte das Haus Oranien zahlreiche Anhänger, und der Gegensatz zwischen der oranischen und »staatischen«, das ist streng republikanischen Partei bildete den Hauptanlass der politischen Kämpfe und inneren Unruhen. Spinoza's Wirken fällt in die Zeit der unbedingten Herrschaft der republikanischen Partei; erst 1672 fand diese Herrschaft ein tragisches Ende. Mit welchem Verständnisse er diese staatsrechtlichen Verhältnisse seines Vaterlandes beobachtete, ergibt eine Stelle am Schluss des 18. cap. tr. th. pol.: »Was die Stände von Holland betrifft, so haben diese, so viel ich weiss, nie Könige gehabt, sondern Grafen, auf welche die Staatsgewalt nie übertragen worden ist. Denn die hochmögenden Stände von Holland thun in einer von ihnen zur Zeit des Grafen von Leicester erlassenen Erklärung kund, dass sie sich ihr Recht, diese Grafen an ihre Pflicht zu erinnern, immer vorbehalten und dass sie die Macht sich vorbehalten, dieses Recht und die Freiheiten der Bürger zu vertheidigen und so sie im Zaum zu halten, dass sie ohne Bewilligung der Stände nichts vermöchten. Danach ist die höchste Staatsgewalt immer bei den Ständen gewesen und nur der letzte Graf hat sie für sich zu erlangen

versucht.« (Anspielung auf den Staatsstreichversuch Wilhelm II. im Jahre 1650.)

Allein dieser Hinweis auf die politischen Zustände der Niederlande vermag keine ausreichende Erklärung abzugeben für die Vertretung der Demokratie im theologisch-politischen Traktat. Denn die Verfassung Hollands war eine streng-aristokratische; die souveränen Stände waren aus Vertretern der Städte und der Ritterschaft gebildet; die einzelnen Städte selbst wurden von Patriziern regiert; das Volk war von jeder Theilnahme an der Verfassung ausgeschlossen. So erklärt es sich auch, dass gerade die unteren Volksklassen den Prinzen von Oranien zugethan waren, die ihnen als Schutzherren gegenüber der herrschenden Aristokratie erschienen. In der Verfassung seines Vaterlandes konnte also Spinoza unmöglich die Anregung zu seinem Lehrsatze gefunden haben, dass die Demokratie die natürlichste Staatsform sei. Ebensowenig konnten ihn die politischen Zustände anderer Staaten seiner Epoche beeinflusst haben.

Frankreich stand in der Blüthezeit der absoluten Monarchie. England hatte zwar 1649 den Monarchen beseitigt, aber, wie Spinoza mit feiner Ironie bemerkt, post multum sanguinem effusum huc perventum est, ut novus monarcha alio nomine salutaretur (Anspielung auf den Lord-Protector Cromwell), quasi tota questio de solo nomine fuisset. Sollte vielleicht der Einfluss der Antike bei Spinoza entscheidend gewesen sein? Wir glauben nicht, dass dies der Fall war. Die athenische Demokratie erwähnt er an keiner Stelle; über die römische Republik macht er an dem oben angeführten Orte einige abfällige und wenig zutreffende Bemerkungen. Spinoza war nach seinem eigenen Geständnisse (tr. th. pol. cap. 10 a. E.) der griechischen Sprache nicht vollkommen mächtig; die politischen Schriften von Plato und Aristoteles scheint er nur aus zweiter Hand gekannt zu haben. Dies ergibt sich uns namentlich aus der Bemerkung im politischen Traktate (cap. II,

§. 15): si Scholastici veliut hominem animal sociale dicere, nihil habeo quod ipsis contradicam. Dass jener berühmte Ausspruch von Aristoteles stammt, wird nicht erwähnt.

Ebensowenig ist es wahrscheinlich, dass er durch naturrechtliche und politische Schriften seiner Zeit angeregt wurde. Ausser den Werken von Hobbes und Machiavelli erwähnt er keinen Autor; selbst seinem engeren Landsmanne Hugo Grotius scheint er keine Aufmerksamkeit gewidmet zu haben, wie sich aus den völkerrechtlichen Ansichten Spinoza's (tr. pol. cap. III, §. 12—16) ergibt. Es ist daher höchst unwahrscheinlich, dass er die literarischen Vertreter der Volkssouveränität, die Monarchomachen und Johannes Althusius gekannt habe.

Die theoretische Vertheidigung der Demokratie durch Spinoza bedarf daher einer besonderen Erklärung. Wir meinen dieselbe in den Anschauungen jener religiösen Gemeinden zu finden, mit welchen der Philosoph in innigster Beziehung stand. Schon in Amsterdam hatte Spinoza vor seiner Ausstossung aus der Judengemeinde mit einigen abgesonderten Christen lebhaft verkehrt, nämlich mit Arminianern und Mennoniten (Baptisten). Unter den letzteren wurden zwei Männer seine lebenslänglichen Freunde, Jarrig Jelles, der Mitherausgeber seiner Werke und der Buchhändler Rieuwertz, der Verleger derselben. In einer dieser Dissidenten-Gemeinden scheint Spinoza Aufnahme gefunden zu haben, als er Amsterdam mit dem Bannfluche verliess (1656). Vier Jahre blieb er in einem stillen Landhause zwischen Amsterdam und Ouwerkerk, bis er etwa 1660 nach Rijnsburg übersiedelte, dem Hauptsitze der »Collegianten«. So wurde eine Abzweigung der Arminianer genannt, da sie in Kirchenversammlungen (collegia), ohne Priesterstand, religiöse Andachten abhielten. In Rijnsburg waren sie so zahlreich, dass sie von dieser Stadt auch »Rijnsburger« genannt wurden. In ihrer Mitte lebte Spinoza, bis er (etwa 1663) nach Voorburg, einem Dorfe beim Haag, übersiedelte. Erst 1669 zog er in die Hauptstadt. Wie innig die

Beziehungen des Denkers zu diesen freireligiösen Gemeinden waren, geht daraus hervor, dass im früheren Waisenhause der Collegianten zu Amsterdam einige Handschriften Spinoza's aufbewahrt werden, die erst jüngst entdeckt wurden; vergl. K. Fischer, Spinoza, 4. Aufl. 1898, S. 135.

Worin bestanden nun die religiös-politischen Lehren der Kollegianten und Mennoniten? Wir sind hier leider nur auf Vermuthungen angewiesen. Eine quellenmässige Darstellung des religiösen und politischen Volkslebens der Niederlande im 17. Jahrhundert fehlt bisher. Das vortreffliche Werk von Weingarten, Die Revolutionskirchen Englands 1868, hat sich, wie schon der Titel sagt, eine andere Aufgabe gestellt. Dennoch fällt manches Streiflicht auf die freireligiösen Secten der Niederlande, mit welchen die englischen Independenten lebhafte persönliche und sachliche Beziehungen besassen.

Holländische Baptisten hatten vor der Verfolgung Herzog Alba's in der englischen Grafschaft Norfolk Zuflucht gefunden. Der Kaplan des Herzogs von Norfolk, Robert Browne, verkehrte mit ihnen und nahm ihre Ideen in sich auf. »Die Kirche, die er mit der Gemeinde identificirte, ist ihm eine Gemeinschaft von Gläubigen, die durch einen freiwilligen Vertrag mit Gott sich unter den Gehorsam Gottes und Christus begeben haben; er verwirft jedes Staatskirchenthum; massgebend gilt ihm nur der jedesmalige Wille der Gesammtheit, der Majorität« (Weingarten S. 21). Die Browneisten wurden Anfangs in England geduldet, aber Ende des 16. Jahrhunderts verfolgt, sie flüchteten nach Holland, wo sie in Amsterdam eine Gemeinde bildeten; an ihre Spitze trat Johnson, später Robinson, der den Browneismus zum Congregationalismus umbildete.

In den Schriften dieser Männer trat der Gedanke hervor, dass die Kirchengewalt nicht Einzelnen (den Geistlichen oder dem Presbyterium) zustehe, sondern der Gesammtheit aller Kirchenglieder; die Ersteren seien nur die Diener der Gemeinde.

Diese demokratische Richtung in der Kirchenverfassung wurde dann auch auf die bürgerliche Gesellschaft übertragen. Dies gilt von allen Schattirungen der Independenten, insbesondere von den Levellern, deren geistiger Führer Lilburne 1638 nach Holland gegangen war. »Als oberstes Princip stellten sie den Grundsatz auf: der Wille des Volkes ist das höchste Gesetz eines Landes und Quelle aller Gewalt in demselben. Gleichheit Aller, nicht des Vermögens, aber der Rechte, ist das Grundgesetz des Staates. Ihr Programm war eine rein demokratische Verfassung, die von dem abstraktesten politischen Idealismus eingegeben war« (Weingarten, a. a. O. S. 297). Wie diese Ideen auf den Boden Amerikas verpflanzt wurden und in den Verfassungen der Unionsstaaten Ausdruck fanden, hat Jellinek in seiner Schrift »Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« gezeigt.

Die politischen Ansichten der niederländischen Secten der Collegianten und Mennoniten dürften bei den regen Wechselbeziehungen mit den geschilderten englischen Independenten die gleichen gewesen sein. Von den Mennoniten ist bekannt, dass sie zwar das Prophetische im Täuferthum, eingedenk der Tragödie von Münster, ausgeschieden, aber die Verachtung aller Priesterherrschaft übernommen haben. Bei ihnen wie bei den Collegianten war die Versammlung der Gemeindemitglieder die einzige Autorität. Spinoza lebte nun jahrelang in ihrer Mitte und sympathisirte offenbar mit ihren religiös-politischen Ansichten. So können wir uns erklären, dass dieselben im theologisch-politischen Traktat hervortreten und in seiner Construction des Gesellschaftsvertrages ihren theoretischen Ausdruck finden; die unmittelbare Demokratie, die Herrschaft der Mehrheit der versammelten gleichberechtigten Bürger ist die »natürlichste« Staatsform.

Hat es doch mit der Staatslehre des »Contrat social« ein ähnliches Bewandtniss. Neuere Forschungen haben ergeben, dass Rousseau in diesem Werke die Verfassung seiner Vater-

stadt Genf — so wie er sie auffasste — in abstracter Gestalt vertreten hat. »D'après les recherches récentes d'un compatriote de J. J. Rousseau le ‚contrat social' ne serait pas un ouvrage purement théoretique, mais se rattacherait étroitement à l'histoire politique de Genêve; voir les intéressants mémoires de M. Jules Vuy sur les origines des idées politiques de J. J. Rousseau, Genêve 1878—1881« (Janet, Histoire de la science politique 3. éd. t. II. p. 423; vergl. auch Liepmann a. a. O. S. 69 ff.). Jedenfalls gab es in Genf eine demokratische Tradition, welche auf das Wirken Calvin's zurückgeht. In den Niederlanden war der Calvinismus gleichfalls die herrschende Religion; ja die sich von ihm loslösenden Secten bildeten den demokratischen Gedanken noch schärfer aus. So viel zur Erklärung von Spinoza's ursprünglichen politischen Lehren. Nun müssen wir versuchen, ihre Wandlung begreiflich zu machen.

Spinoza hatte den theologisch-politischen Traktat schon 1665 vollendet, wie sich aus seinem Briefwechsel mit Oldenburg ergibt. Nach dem Haag übersiedelte er aber erst 1669. Bis dahin hatte er in Zurückgezogenheit gelebt; erst hier kam er offenbar dem pulsirenden politischen Leben näher und namentlich konnte der Verkehr mit dem leitenden Staatsmann der Republik, Jan de Witt, sich erst jetzt lebhafter gestalten.

Ueber diesen Verkehr ist allerdings bisher nichts Näheres publicirt worden. Sicher ist, dass sich de Witt in seinen jüngeren Jahren mit der Philosophie von Descartes beschäftigt hatte und vielleicht dadurch auf Spinoza aufmerksam wurde, dessen erste Schrift ja einer Darstellung jener Lehre gewidmet ist. Jedenfalls muss der Verkehr später ein sehr intimer gewesen sein, da ein Biograph Spinoza's berichtet, dass de Witt ihm einen Jahresgehalt ausgesetzt habe.

Es scheint uns nun sehr natürlich, dass dadurch das politische Denken unseres Philosophen angeregt und in eine andere Richtung gelenkt wurde. Konnte er noch der idea-

listische Demokrat bleiben, da er in der Nähe sah, wie ein mächtiges Staatswesen mit streng aristokratischer Verfassung trefflich gedieh? Unwillkürlich musste er, indem er den grossen Staatsmann bewunderte, auch dessen politische Ansichten schätzen lernen, Er sah namentlich ein, dass die geistige Freiheit in einem solchen Regimente einen höheren Schutz finden kann, als in der Demokratie. Gerade in den Niederlanden standen die unteren Volksklassen meist auf Seite der orthodoxen Geistlichkeit und religiöse Duldsamkeit fand sich mehr bei den Regenten der Städte.

Einen entscheidenden Einfluss auf den Wandel der politischen Ansichten Spinoza's dürfte jedoch unseres Erachtens die Katastrophe vom Jahre 1672 ausgeübt haben. Der Schrecken, den der plötzliche Einfall Ludwig's XIV. in die Niederlande verursachte, führte zunächst zur Abdankung de Witt's und Erhebung des Prinzen von Oranien zum Statthalter und Feldherrn. Damit begnügten sich jedoch die Feinde der gestürzten republikanischen Regierung nicht. Es wurde Cornel de Witt, dem Bruder Jan's, der Process gemacht, wegen eines angeblichen Planes zur Ermordung des Prinzen von Oranien. Die aufgestachelte Volksmenge drang im Haag in das Gefängniss ein, wo gerade Jan de Witt zum Besuche seines Bruders weilte, riss die Brüder auf die Strasse und ermordete sie auf kannibalische Art (20. August 1672). Diese furchtbare Tragödie spielte sich unmittelbar vor den Augen Spinoza's ab, der damals in der Paviljoensgracht beim Maler Heinrich van der Spijck lebte. Der Eindruck muss ein sehr tiefer gewesen sein. Unruhen und Aufstände hat es in Holland schon früher nicht selten gegeben, aber immer hatte das Volk einen gewissen Zug von Milde gezeigt; die früheren Revolutionen verliefen meist unblutig. Diesmal aber zeigte sich das Volk von einer unmenschlichen Grausamkeit. Das Auftreten eines Hasses, der in solche Greuel ausbricht (es wurden noch die Leichen geschändet), gegenüber hochverdienten Patrioten (vergl. Kampen,

Gesch. der Niederlande II, 246), musste in Spinoza's Geist lange nachwirken. Dass nun mehr die Ruhe und Sicherheit als die Freiheit den Zweck des Staates bilde, dass die Demokratie nicht mehr als die natürliche Staatsform gilt, dass der Staat sich nicht auf Vernunft aufbauen lasse, sondern nur auf einem Mechanismus der Affecte — alle diese Sätze des späteren politischen Traktates finden in den geschilderten äusseren Vorgängen ihre natürliche Erklärung.

Manche Abweichungen von der ursprünglichen im theologisch-politischen Traktat enthaltenen Staatslehre bedürfen einer anderen Erklärung, so insbesondere die Aufgabe der naturrechtlichen Lehre vom Staatsvertrage. Wir glauben sie in der schärferen Ausgestaltung der pantheistisch-naturalistischen Metaphysik zu finden, welche für die spätere Epoche der Philosophie von Spinoza characteristisch ist. In dem älteren Traktate ist die pantheistische Grundansicht noch stark durchsetzt mit theistischen Elementen. Wir erinnern an die oben citirten Glaubensartikel der natürlichen Religion, nach denen Gott nur als persönliches Wesen gedacht werden kann (Gott verzeiht die Sünden u. s. f.). Ferner sucht zwar Spinoza die biblischen Wunder auf natürlichem Wege zu erklären, aber an der Realität der Offenbarung hält er noch fest; insbesondere erklärt er Christus als den Mund Gottes (tr. th. pol. cap. 4). Wie weit entfernt ist er hier noch von der späteren Lehre: Deus sive Natura! Als aber der Pantheismus die Oberhand gewann und nur die ewige Causalität der Natur als Seiendes behauptet wurde, mussten auch aus der Rechtsphilosophie die ethisch-voluntaristischen Elemente ausgeschieden werden; die schon im älteren Traktate vorhandenen mechanisch-realistischen Triebfedern der Rechts- und Staatsordnung wurden nun zur ausschliesslichen Herrschaft berufen.

Wir haben nunmehr die Veränderungen, welche sich in Spinoza's staatsphilosophischen Ansichten vollzogen haben, festzustellen und ihre Ursachen aufzufinden versucht. Wir sind

jedoch weit entfernt, die Bedeutung dieser Theile seiner Staatslehre zu überschätzen. Neben diesen variablen Elementen gibt es einen festen Gedankenkern, welcher seiner Rechtslehre das originelle Gepräge verleiht. Man kann ihn als Utilitarismus und Positivismus bezeichnen. Seine Vorgänger finden diese Lehre von Recht und Staat wohl in den griechischen Denkern, welche im Gegensatze zu Plato und Aristoteles nicht die social-ethischen Bedürfnisse, sondern die individualistischen Bestrebungen zum Ausgangspunkte nehmen und auch die Rechtsordnung aus dem Mechanismus der Lust- und Unlustgefühle aufzubauen versuchen. Dies darzustellen und die Gedankenkette blosszulegen, welche weiter von Spinoza zu Bentham und endlich zu Jhering's »Zweck im Recht« führt, muss einem anderen Orte vorbehalten bleiben.

Zur Kenntnis
des literarisch-artistischen Urheberrechts

nach dem

österreichischen Gesetz vom 26. December 1895.

Von

Ludwig Mitteis.

Mit dem Gesetze vom 26. December 1895 hat unsere Legislation eine schon lange schwer empfundene Unterlassung gut gemacht und sich auf jene Entwicklungsstufe gestellt, welche in den Nachbarländern bereits vorlängst erreicht war. Es lag in der Natur der Dinge, dass jener Schutz des Urheberrechtes, wie ihn das kaiserliche Patent vom 19. October 1846 — ein für seine Zeit treffliches Gesetz — festgestellt hatte, der rasch fortschreitenden Entwicklung der geistigen Production nicht lange genügen konnte. Nunmehr hat die Gesetzgebung den bezüglichen Postulaten im Wesentlichen Rechnung getragen; und sie konnte sogar aus ihrem bisherigen Zögern noch gewissermassen einen Nutzen ziehen, insofern sie in der Lage war, die Erfahrungen der Zwischenzeit zu verwerthen.

In der That ist unverkennbar, dass das österreichische Gesetz z. B. gegenüber den deutschen Bundes- resp. Reichsgesetzen vom 11. Juni 1870 und 9. Januar 1876 einen Fortschritt aufweist. Wenn diese Gesetze, noch in der Betrachtungsweise der älteren Zeit befangen, das Urheberrecht im Wesentlichen als das Recht zur ausschliesslichen Vervielfältigung, Aufführung, Nachbildung ausgestalten, also bloss die materiellste Seite desselben normiren, konnte jenes bereits die grossen Fortschritte der seitherigen Doctrin und Praxis verwerthen, welche das Urheberrecht insbesondere nach seinen immateriellen Beziehungen ausgebildet haben. Die Erkenntniss,

dass jede Autorschaft nicht bloss ein nutzbares Gut erschafft, sondern gleichzeitig ein Stück Persönlichkeit des Autors darstellt, welches eines eigenthümlichen Schutzes würdig und bedürftig ist — eine Anschauung, welche in die deutsche Gesetzgebung erst durch die Interpretation hineingetragen worden ist — konnte in dem österreichischen Gesetz zum klaren Ausdruck gebracht werden. — Insofern dieses geschehen ist, kann man immerhin sagen, dass das Gesetz »einen selbständigen Markstein in der zukünftigen Entwicklung des europäischen Urheberrechts darstellen wird«[1]. Allerdings muss man sich dabei gegenwärtig halten, dass es nicht überall die Idee als solche, sondern vielfach und gerade auch in dem oben bezeichneten Punkte nur ihre gesetzliche Formulirung es ist, auf welche dieser Ausspruch sich beziehen kann[2].

Dass das gegenwärtige Gesetz nach alledem einen ungeheuren Fortschritt gegen den älteren österreichischen Rechtszustand bedeutet, braucht nun wohl nicht wiederholt zu werden. Es ist aber von Wichtigkeit, sich über den Inhalt und die Tragweite desselben im Einzelnen klar zu werden, und dies ist der Zweck der nachfolgenden Erörterungen. Dieselben sollen nicht eine erschöpfende Darstellung des literarisch-artistischen Urheberrechts geben, sondern nur die Grundlagen bezeichnen, auf welchen dasselbe gegenwärtig sich aufbaut. Als Nebenzweck erscheint dabei, wie es bei jedem neuen Gesetz so naheliegt, die Bezeichnung der dunklen Punkte, von welchen auch dieses nicht frei ist; und die Unter-

[1]) Justizminister Graf Gleispach in der Debatte des Abgeordnetenhauses.

[2]) Damit soll nicht gesagt sein, dass nicht auch in den Detailbestimmungen mehrfach werthvolle Neuerungen nicht bloss über das Recht des Patentes, sondern auch über die fremden Gesetzgebungen hinaus sich finden. Mit Rücksicht auf den hier zur Verfügung stehenden Raum muss darauf verzichtet werden, dieselben zusammenzustellen oder auch nur bei den betreffenden Materien durchgehend zu verzeichnen; es genügt hierüber auf die trefflichen Abhandlungen von H. Schuster in der österr. Gerichtszeitung 1893, Nr. 38 fg. und 1894 Nr. 33, 48 und 49 zu verweisen.

suchung einzelner Fragen, welche geeignet sind, in Zukunft zu streitigen zu werden, wobei der Verfasser sich natürlich wohl bewusst ist, dass die Praxis deren noch viel mehr zu Tage fördern wird, als er derzeit zu erkennen vermag. — Ausgeschlossen blieb das Capitel von der Uebertragung des Urheberrechtes, welches zu eng mit der Lehre vom Verlagsvertrag zusammenhängt, um ohne diesen mit Nutzen betrachtet werden zu können; und jenes von der Dauer des Rechts, welches juristisch wenig Interessantes bietet. Ganz ausgeschlossen blieb endlich die Lehre vom photographischen Urheberrecht. Bekanntlich ist die Regelung gerade dieser dem Patent von 1846 gänzlich unbekannten Materie ein wesentlicher Fortschritt des neuen Gesetzes; aber die eingehende Erörterung derselben würde kaum möglich sein ohne Heranziehung eines Details, mit welchem der hier zur Verfügung stehende Raum überschritten würde [1]).

---

[1]) Aus der Literatur, welche ich mit Rücksicht auf den Raum nur spärlich und in abgekürzter Form anführen konnte, hebe ich folgende Werke hervor: Harum, Die gegenwärtige österreichische Pressgesetzgebung. Wien 1857; O. Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehre vom Verlagsvertrag und Nachdruck. 2 Bde. Stuttgart 1857—58; Gerber, Jahrb. f. Dogmat. 3. 359 ff.; Mandry, Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst, ein Commentar zum bayrischen Ges. v. 28. Juli 1865. Erlangen 1867; Klostermann, Das geistige Eigenthum an Schriftwerken, Kunstwerken und Erfindungen. Bd. I. 1867 (ein Neuabdruck von 1871 enthält als Anhang eine kurze Darstellung des Reichsgesetzes von 1871, auch separat herausgegeben; derselbe wird im folgenden citirt als Klostermann, Urheberrecht); Dambach, Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betr. das Urheberrecht. Berlin 1871; Endemann, Das Gesetz betr. das Urheberrecht. Berlin 1871; O. Wächter, Das Autorrecht. Stuttgart 1875; Derselbe, Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste. Stuttgart 1876; Kohler, Das Autorrecht in den Jahrb. f. Dogmatik 18, 129 f. (auch separat erschienen 1880), vielfach grundlegend; derselbe in Busch's Archiv für Handels- und Wechselrecht 47, 167 f. und 48, 252 f., dann »das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz«. Mannheim 1892 und Abhandlungen im Archiv f. bürgerl. Recht 10, 241 fg., und Arch. f. civ. Prax. 85, 339 f. 87, 1 f.; Schuster, Das Wesen des Urheberrechts. Wien 1891; Osterrieth, Altes und Neues vom Urheberrecht. Leipzig 1892; Scheele, Das deutsche Urheberrecht an

Gleich hier mag noch das Anwendungsgebiet unseres Gesetzes bezeichnet sein. Der Schutz desselben kommt zunächst zu Gute allen Werken der Literatur, Kunst und Photographie, welche im Inland erschienen sind; ferner solchen, deren Urheber österreichische Staatsbürger sind, mag das Werk im In- oder Ausland oder gar nicht erschienen sein (§. 1 [1]). Ferner findet das Gesetz Anwendung auf Werke von Ausländern, die im Deutschen Reich erschienen sind, und auf nicht erschienene Werke deutscher Staatsangehöriger, beides jedoch unter der doppelten Beschränkung: dass der Schutz nicht länger dauert, als im Deutschen Reich selbst, und dass die Gegenseitigkeit gewährleistet sein muss (§. 2). Andere ausländische Werke werden nur nach Massgabe der Staatsverträge geschützt.

In letzterer Beziehung bedeutet das Gesetz einen Rückschritt gegen das Patent von 1846, welches in §. 39 alle ausländischen Werke nach den Grundsätzen materieller Reciprocität behandelte. Besser scheint die zu Gunsten des Deutschen Reiches statuirte Ausnahme den Principien der Rechtscontinuität zu entsprechen, da das Patent vom Jahre 1846, entsprechend der damaligen Stellung Oesterreichs im deutschen

---

literarischen, künstl. und photogr. Werken. Leipzig 1892; Opet, Archiv für civ. Praxis. 84, 151 fg.; Dambach, Fünfzig Gutachten u. s. w. Berlin 1891; v. Seiller in der österr. Gerichtszeitung 1897, Nr. 43 fg. Specialdarstellungen des musikalischen Autorrechts geben Vesque von Püttlingen, Das musikalische Autorrecht. Wien 1864 und Schuster, Das Urheberrecht der Tonkunst. München 1891, beide durch künstlerisches Verständniss ausgezeichnet. Unter den Gesammtdarstellungen der Handbücher ist jene von Gierke, Deutsches Privatrecht I. 748—826 durch Vollständigkeit und tiefe Einsicht in das Detail hervorragend.

[1]) Bei Miturhebern, deren nur einer österreichischer oder deutscher Staatsbürger ist, kommt, wenn die Beiträge der Einzelnen sich nicht unterscheiden lassen (§. 7 cf. §. 8), der dem Oesterreicher durch das Gesetz gewährleistete Schutz durch Reflexwirkung auch den anderen zu, soweit die Interessen solidarisch sind. Aber, wo sie theilbar werden, wie bei der pecuniären Ersatzleistung wegen einer Verletzung des Urheberrechts, wird nur der auf den Oesterreicher (resp. Reichsdeutschen) entfallende Interessenantheil durch das Gesetz gewährleistet.

Bund und den Beschlüssen dieses Bundes, allen bundesstaatlichen Autorwerken seinen Schutz zugesagt hatte. Nur war dieser Schutz ein absoluter, und die Bestimmung, dass der inländische Schutz nie länger dauert, als der des Heimatsstaats, dem Patent fremd. Ebenso die Bedingung der Reciprocität, welche allerdings in Folge der Bundesbeschlüsse kaum erforderlich war.

In Folge dieser Bedingung erfährt nun gegenwärtig der Schutz reichsdeutscher Werke in Oesterreich eine eigenthümliche Restriction. Da die Reichsgesetze von 1871 und 1876 über das literarische und artistische Urheberrecht nur jenen Werken die Reciprocität zusagen, welche in einem zum ehemaligen deutschen Bunde gehörigen Gebiet erschienen sind, so geniessen die in den nichtbündischen österreichischen Provinzen Galizien, Bukowina und Dalmatien erschienenen Werke in Deutschland nicht den Schutz der Reichsgesetze. Es lässt sich die Frage aufwerfen, ob nun umgekehrt reichsdeutsche Werke in diesen Provinzen des österreichischen Gesetzes theilhaftig sind, eine Frage, die auffallenderweise in den Verhandlungen der parlamentarischen Körperschaften, so viel ich sehe, übergangen wurde, und es scheint mir — ohne auf heikle völkerrechtliche Probleme eingehen zu wollen — dass dieselbe zu verneinen ist. Die Untheilbarkeit des Staatsgebietes dürfte nicht erfordern, dass die Reciprocität mit einem auswärtigen Staat alle Provinzen umfasse, und so wenig im Wege steht, durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung eine particulare Gegenseitigkeit herbeizuführen, so wenig kann es Bedenken haben, auch die gegenwärtige in diesem Sinn auszulegen. Zumal, wenn es mit der Untheilbarkeit ernst genommen würde, die Frage gar nicht beantwortet werden könnte, ob Gesammt-Oesterreich wegen seiner ehemals bündischen Provinzen mit Deutschland im Reciprocitätsverhältniss steht, oder dies mit Rücksicht auf seine bundesfremden Theile zu leugnen ist.

Ernsthaft zu bedauern ist es schliesslich, dass die einst

geplante Betheiligung unseres Staates an der Berner Convention über das Urheberrecht nicht zu Stande gekommen ist[1]). Wie von Regierungsseite in den Parlamentsverhandlungen betont wurde, war ausschlaggebend die Rücksicht, den nichtdeutschen Nationalitäten Oesterreichs den Import ausländischer Bildungsmittel nicht zu vertheuern. Ob es die richtige Politik ist, an derartige Fragen den niedersten und nicht den höchsten Massstab anzulegen, den man unzweifelhaft in dem deutschösterreichischen Geistesleben hätte finden müssen, lässt sich bezweifeln; es mag aber wohl sein, dass die Gepflogenheit, völkerrechtliche Verträge nur für die Gesammtmonarchie abzuschliessen, und die daraus entspringende Rücksichtnahme auf die transleithanische Reichshälfte auch bei der Entscheidung dieser Frage eine Rolle gespielt hat.

I. Wesen des Urheberrechts.

Wie alle im lebhaften Fluss der Entwicklung begriffenen Rechtsgebilde, so ist auch das Urheberrecht in seinen ersten Anfängen mehr vom Standpunkt naturrechtlicher Postulate, als auf dem Boden positiver Betrachtung behandelt worden. Das tritt auch in der vielverhandelten Frage nach seiner juristischen Natur mehrfach hervor; einzelne Theorien, wie namentlich die vom »geistigen Eigenthum«, sind mehr Schlagworte als juristische Anschauungen. Wenn sich mit derlei Allgemeinheiten überhaupt nicht rechten lässt, so sind einige andere Auffassungen, wie die Construction des Urheberrechts als Verlagsmonopol u. dgl., so offensichtlich vom Standpunkt einer veralteten, beschränkten Denkweise hergeleitet, dass sie nur als Marksteine überwundener Phasen angesehen werden können. So kommen denn für die moderne Wissenschaft nur noch ganz wenige Auffassungen ernsthaft in Betracht; man kann sie vielleicht, wenn man von untergeordneten Nüancirungen

[1]) Vgl. Schuster in »Recht der Feder«, Jahrg. 5, Nr. 1/2, p. 8 ff.

absieht, auf folgende Hauptgruppen zurückführen: Entweder das Urheberrecht ist zu betrachten als Immaterialgüterrecht mit einem Einschlag von individualrechtlichen Befugnissen, oder es wird als einheitliches Individual-, wie Manche es bezeichnen, als Persönlichkeitsrecht gedacht.

Beide letztgenannten Theorien sind auf dem Boden der deutschen Rechtslehre erwachsen. Es liesse sich nun zunächst die Frage aufwerfen, ob die österreichische Rechtswissenschaft, die ja in erster Linie auf ihrer eigenen Gesetzgebung fussen muss, überhaupt an diese fremdländischen Theorien anknüpfen darf. Indessen ist diese Frage unzweifelhaft zu bejahen, da unsere neueste Autorrechtsgesetzgebung in ihren Einzelbestimmungen zu jenen des Reichsrechts in keinem wesentlichen Gegensatze steht. Zwar ist Vieles für uns ausdrücklich gesagt, was die deutsche Gesetzgebung nicht formulirt hat; indessen ist das meiste hievon, wie bereits bemerkt wurde, auch für Deutschland in Wissenschaft und Praxis schon, wenngleich nicht immer widerspruchslos, vertreten worden, und man wird darum nicht fehlgehen mit der Voraussetzung, dass die Frage hier wie dort die gleiche ist.

Einer Untersuchung der Frage nach der Natur des Autorrechts kann es uns natürlich nicht überheben, dass dieselbe wenigstens nach dem Motivenbericht des Herrenhauses schon im Schosse der österreichischen Legislative aufgeworfen und beantwortet worden zu sein scheint. Denn, wenn dieser Bericht das Urheberrecht bezeichnet »als ein persönliches Recht des Urhebers, d. i. ein Recht, dessen Werth und Inhalt nicht in dem Schutze der pecuniären Interessen sich erschöpft, sondern welches ganz wesentlich auch höchst persönlichen und unveräusserlichen Interessen des Urhebers zu dienen bestimmt ist«, so mag hierin im Sinne des Hauses eine Entscheidung der Streitfrage gelegen sein; nichtsdestoweniger jedoch bleibt gegenüber solchen internen Erwägungen eines einzelnen Vertretungskörpers die Frage offen, ob derlei Vorstellungen in

sich vollziehbar sind und ob sie im Gesetz auch ihren bindenden Ausdruck gefunden haben.

Es wird angemessen sein, der Behandlung unserer Frage einige aufklärende Bemerkungen über den Inhalt der beiden jetzt vorwiegend vertretenen Theorien vorauszuschicken. — Die Theorie des Immaterialgüterrechts erblickt in der geistigen Schöpfung ein immaterielles Gut, an welchem eine im Wesentlichen dem Sachenrecht nachgebildete Herrschaft denkbar und vorhanden ist; neben dieser her laufen dann noch eine Anzahl von Ansprüchen, welche in dem Individualrecht des Urhebers ihren Rechtsgrund haben, z. B. die ausschliessliche Prärogative der erstmaligen Veröffentlichung, die Executionsfreiheit des unveröffentlichten Manuscriptes, das Recht, Abänderungen auch an dem veröffentlichten Werk zu untersagen u. s. w. Umgekehrt ist für das Dogma vom Persönlichkeitsrecht das Urheberrecht ein einiges, so zwar, dass das Individualrecht des Urhebers die alleinige Quelle aller Urheberbefugnisse darstellt, und die scheinbar sachenrechtliche Herrschaft an dem Geisteswerke in Wahrheit nichts ist, als das an einer Sache sich verkörpernde Recht der Persönlichkeit; dieser Auffassung sind daher auch die materiellen Nutzungen, welche der Autor aus seiner Schöpfung zieht, wie Verlags-, Aufführungs- und Nachbildungsrecht, nichts als ein Strahl aus dem Centrum seines Persönlichkeitsrechts.

Es ist nun nicht Zweck des Nachfolgenden, zwischen diesen beiden Auffassungen abzuwägen, um schliesslich den absoluten Mehrwerth der einen feststellen zu können. Da die Zeiten nicht mehr sind, wo die Auffindung der allein richtigen »Construction« eines Rechtsverhältnisses als unumgängliche Vorbedingung für eine erspriessliche Behandlung desselben galt, und mehr und mehr der bloss relative Werth derartiger theoretischer Formulirungen erkannt wird, kann die folgende Darstellung sich darauf beschränken, an der Hand beider Theorien die Rechtsnatur des Autorrechts zu erläutern.

I. Das Autorrecht ist, da es aus der persönlichen Schöpfungsthat entspringt, in allen seinen Aeusserungen und Beziehungen von persönlichen Elementen durchsetzt. Wie ein rother Faden zieht sich durch jede autorschaftliche Befugniss der Nerv des persönlichen Zusammenhangs von Werk und Urheber hindurch. Das zeigt sich nicht bloss darin, dass dem Autor eine Reihe von Befugnissen zusteht, die ihrem Inhalt nach nur das Recht seiner Persönlichkeit schützen sollen und auf Andere entweder gar nicht oder nur beschränkt übertragbar sind — die sogen. Persönlichkeits- oder Individualrechte des Autors; vielmehr sind auch dort, wo das Urheberrecht nutzbare und schlechthin auf Andere übertragbare Befugnisse enthält, diese Befugnisse überall von dem Persönlichkeitsrecht des Autors beschlagen.

a) Das tritt zunächst darin hervor, dass die Ausübung dieser Befugnisse, wenigstens in ihren Anfängen, immer ein persönliches Recht des Autors ist, welches durch keinen äusseren, aus der Vermögenssphäre herrührenden Zwang, sondern nur durch den freien Willen des Autors ausgelöst werden kann. Die Publication eines unveröffentlichten Werkes kann niemals von den Gläubigern des Urhebers im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, sondern nur durch dessen persönlichen Entschluss verfügt werden. In diesem primären Veröffentlichungsrecht des Urhebers, das die moderne Praxis, insbesondere die reichsdeutsche, ohne Anhalt in den meist nur die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechts regelnden Gesetzen[1]) aus der Natur der Sache abgeleitet hat, das man aber heute als vollkommen gesichert bezeichnen kann, kommt deutlicher als irgendwo der persönliche Ursprung des Rechtsverhältnisses zu Tage.

[1]) Eine Ausnahme macht allerdings schon das bayrische Gesetz vom 28. Juni 1865, welches in §. 50 die Zwangsvollstreckung gegen den Urheber selbst für unzulässig erklärt hat, während das deutsche Reichsgesetz hierüber schweigt.

b) Aber auch das veröffentlichte Werk ist noch durchaus von Beziehungen zu seinem Urheber beschlagen. Auch dann noch, wenn dieser sich der Verwerthungsbefugniss ganz oder theilweise begeben hat.

Das tritt am schärfsten darin hervor, dass, sobald aus irgend einem Grunde die Rechte des Successors erlöschen, der Autor wieder in sein ursprüngliches Recht eintritt. Ich denke natürlich durchaus nicht an den Fall, wo der Autor nur eine theilweise Rechtsübertragung vorgenommen, und der Successor seine Befugnisse erschöpft hat; hier kann von einem eigentlichen Wiedereintritt ja nicht die Rede sein. Aber wenn z. B. der Autor jede nur denkbare vermögensrechtliche Verwerthung, etwa das Recht auf sämmtliche Auflagen, an einen Verleger überlassen hätte, so würde doch in dem Moment, wo dieser auf sein Recht verzichtete und etwa das Werk freigeben wollte, oder wo er ohne Erben verstirbt, das Recht auf den Autor zurückfallen[1]). Das Urheberrecht hat also die Tendenz, immer wieder zu seinem eigentlichen Inhaber zurückzukehren, mit dem es wie durch eine elastische Schnur verknüpft ist.

Im Uebrigen ist die Uebertragung des Urheberrechts zumeist wohl unbeschränkt zulässig; und ebenso auch die Vererbung. Doch gibt es in letzterer Beziehung auch wieder Ausnahmen, wie z. B. das französische Gesetz vom 14. Juli 1866, das dem überlebenden Ehegatten hier ein lebenslängliches

[1]) Vgl. Klostermann, Geist. Eigenth. 1. 300 u. Urheberr. 52; Wächter, Autorr. 162; A. A. Dambach, Urheberr. 127. Demgemäss unterscheiden Klostermann a. a. O. 298 und ähnlich Endemann, das Ges. betr. das Urheberrecht 1871, p. 11; Gierke, 805 u. a. die (allein zulässige) Uebertragung des Autorrechts quoad exercitationem von der (unzulässigen) Uebertragung quoad substantiam. Unzweifelhaft gilt das Gesagte auch für den Fall, wo der Urheber seine gesammten Rechte einem Verleger überlassen hat, und später die Schutzfrist durch eine Aenderung der Gesetze verlängert wird; dieser Rechtsvortheil kommt nur dem Autor zu Gute. In den entgegenstehenden Ausführungen der deutschen Buchhändler (Publicationen des Börsenvereins d. B. 9. 72 f.) ist ganz ohne ersichtlichen Grund angenommen, dass der Autor auch diesen Rechtszuwachs dem Verleger mitüberlassen habe.

Nutzungsrecht gibt, und wiederum unser Gesetz, welches die Uebertragung auf Singularsuccessoren von Todeswegen (Legatare) nur der Ausübung nach kennt, während die Substanz des Rechts dem Erben verbleiben soll, worüber unten noch ausführlicher zu sprechen ist[1]).

c) Auch bei dem Miturheberrecht mehrerer an einem gemeinschaftlich, und zwar durch einheitliche Thätigkeit hergestellten Werke, prägt sich der persönliche Character der Rechtszuständigkeit in scharfer Weise aus. Nach der schon für das deutsche Urheberrecht von angesehenen Schriftstellern vertretenen, in Oesterreich jetzt gesetzlich sanctionirten Anschauung erzeugt die ungetrennte Miturheberschaft ein gesammthändiges Urheberrecht, so zwar, dass dem einzelnen Mitarbeiter nicht bloss ein ideeller Theil des Rechtes zukommt, und über die Verfügungshandlungen nicht die Stimmenmehrheit entscheidet; sondern das ganze Recht ungetheilt allen zusteht, sie nur einverständlich über dasselbe verfügen können, die Theilungsklage ausgeschlossen ist, und das erloschene Mitrecht vorverstorbener Gemeinschafter den Ueberlebenden anwächst. Wenn es unverkennbar ist, dass der Grund dieser eigenthümlichen Behandlung nicht in etwaigen besonderen Zwecken des gemeinsamen Rechtsobjects liegt (wie bei der Concursgemeinschaft, der offenen Handelsgesellschaft u. a., sofern man diese als Gesammthänderverhältnisse construirt), sondern lediglich in der untheilbaren Verknüpfung jedes Einzelsubjects mit dem Ganzen, so liegt auch hierin ein Hinweis auf die personenrechtlichen Elemente des Rechtsverhältnisses.

Es ist ein unbestrittener Vorzug der Persönlichkeitstheorie, diesen eigenthümlich persönlichen Zug, der in allen Urheberbefugnissen obwaltet, mit der grössten Energie zu betonen. Allerdings glaube ich nicht, dass die Immaterialgüterlehre gesonnen ist, denselben ernsthaft zu bestreiten, und wenn das in früheren

---

[1]) Siehe unten S. 112 fg.

Zeiten irgendwo von einem ihrer Anhänger geschehen sein sollte, so wird es heute, wo die neuesten Gesetze ihn immer deutlicher hervortreten lassen, schwerlich wiederholt werden. Auch besagt schon der Ausdruck »Immaterialgut« und die Anerkennung der Individualrechte, dass auch diese Lehre an eine unbedingte Uebertragung des Vermögensrechtes auf unsere Materie nicht denken will.

II. Andererseits kommt der Immaterialgüterlehre das Verdienst zu, gezeigt zu haben, dass zwischen den verschiedenen aus der Thatsache der Urheberschaft entspringenden Ansprüchen gewisse Gegensätze bestehen, deren Erkenntniss den vollen Einblick in die hier obwaltenden Rechtsverhältnisse ganz wesentlich fördert. Es wird nicht unangemessen sein, eine systematische Darlegung dieser Ansprüche zu geben.

Die Rechte des Autors sind zum Theil nutzbarer, pecuniärer, zum anderen Theil idealer oder individueller Natur. Mit einem Ausdruck des kanonischen Rechts könnte man hier von den temporalia und spiritualia juris sprechen.

Nutzbare Rechte sind diejenigen, welche dem Autor die materielle Ausbeutung seines Werkes vermitteln, also die Herrschaft über dasselbe behufs pecuniärer Ausnutzung sichern. Dies geschieht, indem ihm die ausschliessliche Nutzung durch Vervielfältigung, öffentliche Aufführung, Nachbildung, Uebersetzung u. dgl. gewahrt wird.

Idealer und individueller Natur sind die Ansprüche, welche den Schutz idealer und individueller Interessen des Urhebers zum Gegenstand haben. Hieher gehört zunächst die ausschliessliche Prärogative, über Veröffentlichung oder Nichtveröffentlichung des Werkes discretionär zu entscheiden. Ferner das Recht des Urhebers, eine ohne seinen Willen erfolgende Um- oder Abänderung des Werkes, ja selbst des Titels[1],

---

[1]) Hieher gehören die sog. Titelausgaben, d. h. Abdrücke des unveränderten Werkes mit neuem Titelblatt als neue Ausgabe, was natürlich, da

Jedermann zu untersagen, selbst demjenigen, dem er im Uebrigen die nutzbare Verwerthung seines Rechtes überlassen hat.

Nicht idealer, sondern bloss individueller Natur ist ferner das Recht auf Anerkennung der Autorschaft, d. h. die Befugniss, bei unter fremdem Namen erfolgender Veröffentlichung die Ehre der Autorschaft in Anspruch zu nehmen, selbst dann, wenn ein materieller Vortheil dabei nicht in Frage steht [1]. Zu nennen ist weiter das Recht des bildenden Künstlers, den Gebrauch der Meistersignatur auf Copien zu verbieten. Oder der Anspruch des Schriftstellers, die Bezeichnung einer aus irgend einem Grunde gestatteten, vom Original wesentlich abweichenden Uebersetzung oder einer Dramatisirung mit seinem Namen zu untersagen u. ä.; ebenso das Recht, sich gegen die Nachahmung des Titels und der äusseren Ausstattung zu verwahren u. s. w.

Jene der oben genannten Rechte, welche eine gleichzeitig ideale und individuelle Richtung haben, können demgemäss wieder zwei verschiedene Functionen erfüllen.

Einerseits können sie sich darauf richten, das ideale Interesse zu schützen, welches der Autor am Bestehen, Gedeihen und der literarischen und künstlerischen Integrität seiner Schöpfung nimmt, also eine objective Richtung annehmen. Damit gewährleisten sie ihm die ideale Herrschaft über sein Werk, ähnlich wie die nutzbaren Ansprüche es bezüglich der materiellen Beherrschung thun.

Andererseits können sie, in rein subjectiver Function, dem Schutz seiner Persönlichkeit und seines literarischen und künst-

---

der Inhalt veraltet sein kann, den Ruf des Werkes und die literarische Ehre des Verfassers auf das Schwerste compromittiren kann.

[1]) Weil etwa der zur ökonomischen Verwerthung des Werkes vertragsmässig befugte Successor selbst es ist, der den Namen des Autors unterdrückt, oder weil dies in einem Lande geschieht, wo ein vermögensrechtlicher Schutz des Autors nicht statthat.



lerischen Namens gegen Angriff, Missbrauch oder Unterdrückung dienen.

Bei einer Entstellung des Autorwerks, z. B. etwa durch sinnwidrige Kürzungen, Abänderungen oder Zusätze des Verlegers, kann dem Autor theils daran gelegen sein, das Werk in seinem vollen reinen Bestande zu schützen, theils daran, seinen literarischen oder Künstlernamen davor zu wahren, dass ein von ihm nicht geschaffenes Machwerk auf seine Rechnung gesetzt werde. Bei der Veröffentlichung kann ihm im Interesse seiner Schöpfung daran liegen, den richtigen Zeitpunkt ihres Erscheinens zu wählen; es kann aber auch die Veröffentlichung eines an sich vielleicht sehr zeitgemässen Werkes ihm aus persönlichen Gründen derzeit höchst unerwünscht sein. Eine Titelausgabe (s. oben S. 100, Anm. 1) zu verbieten, kann im idealen [1]) Interesse des Werkes selbst gelegen sein, um dessen literarische Bewerthung zu schützen; ebenso sehr kann aber daran die Person des Verfassers interessirt sein u. s. f.

Es lässt sich demnach bei diesen ideal-individuellen Rechten des Autors unterscheiden einerseits die objective, ideale Beherrschung des Werkes, welche sie vermitteln, andererseits die subjective, individuelle Beziehung auf die Person des Autors.

Damit ergibt sich nun von selbst die Synthese.

Soweit es sich um die ideale Herrschaft des Autors über sein Werk handelt, gehören diese Ansprüche zum eigentlichen Urheberrecht. Die ideale und materielle Herrschaft über das Werk ist das Urheberrecht.

Soweit dagegen jene Befugnisse nur Schutz für die Person und den Namen des Urhebers bezwecken, gehören sie nicht mehr zum eigentlichen Inhalt des Urheberrechts, sondern sind ausserhalb desselben stehende, wenngleich vielleicht durch die

[1]) Natürlich wird das Werk auch pecuniär weniger einträglich. Aber wenn ein Verleger eine Titelausgabe veranstaltet, der sämmtliche Auflagen gekauft hat, so könnte der Verfasser nur den idealen Gesichtspunkt betonen.



Thatsache der Urheberschaft mit erzeugte Individualrechte. In dieser Function stehen sie denjenigen Ansprüchen, welche ausschliesslich individueller Natur sind, gleich.

Die Unterscheidung zwischen den eigentlichen — nutzbaren und idealen — Autorrechten einerseits, den Individualrechten andererseits ist aber practisch von der grössten Bedeutung.

III. Die eigentlichen Urheberrechte — unser Gesetz formulirt sie als das Recht der Veröffentlichung, Vervielfältigung, Uebersetzung, öffentlichen Aufführung, Nachbildung und des Vertriebs — sind in Intensität und Extensität von den Individualrechten wesentlich verschieden.

Sowohl die materielle als die ideale Herrschaft, welche das Urheberrecht dem Autor über sein Werk verleiht, ist intensiv und extensiv von dem Schutz, welchen das Individualrecht ihm für seine Person gibt, wesentlich zu unterscheiden.

a) Was die Intensität des Rechtsschutzes betrifft, so pflegt der Eingriff in die Herrschaft des Urhebers über sein Werk die criminelle Reaction der Rechtsordnung hervorzurufen, und diese ist wieder verbunden mit einem dem Urheber gewährten Recht der Beschlagnahme aller im Widerspruch zu seinem Recht hergestellten körperlichen Objecte. Die Verletzung der blossen Person oder des Namens des Urhebers pflegt entweder mit leichterer oder mit gar keiner Strafsanction verpönt zu sein; in unserem Urhebergesetz z. B. nur (und auch das nur theilweise) als Uebertretung[1]), während ein Eingriff in das sachliche Urheberrecht als Vergehen characterisirt ist. Auch entfällt bei der blossen Individualrechtsverletzung das Recht der Beschlagnahme.

Wenn soeben gesagt wurde, dass die Herrschaft des

---

[1]) Nämlich in drei Fällen (§. 52 ad 1, 2 und 4). Ausnahmsweise ist ein Individualrecht — Bezeichnung des fremden Werkes mit eigenem Namen (und umgekehrt) — in §. 51 so stark sanctionirt, wie die eigentlichen Urheberrechte (s. unten S. 119 fg.).

Autors über sein Werk nicht bloss soweit sie materielle, sondern auch soweit sie bloss ideale Interessen an dessen Schicksal zum Gegenstand hat, durch die stärkere criminelle Sanction und Beschlagnahme geschützt ist, so bedarf dies noch einiger Bemerkungen, da es nicht unzweifelhaft zu sein scheint. Zwar vom Veröffentlichungsrecht kann gegenüber unserem Gesetz gar nicht bestritten werden, dass es einerseits bloss eine ideale Herrschaft und noch keine pecuniäre Verwerthung bedeutet und doch des obigen Schutzes theilhaftig ist. Zweifel scheinen dagegen zu bestehen bei dem Anspruch darauf, dass das Werk des Autors nicht in veränderter, entstellter Fassung wiedergegeben werde. Es wurde schon gesagt, dieser Anspruch kann sehr wohl ohne jedes vermögensrechtliche Interesse erhoben werden; wenn z. B. der Verleger das Werk mit Aenderungen oder Zusätzen auf den Markt bringen wollte, so wird, da der Autor sich der materiellen Vortheile des Vervielfältigungsrechts begeben hat, ein Widerspruch gegen jene Verstümmlungen nur vom Standpunkt der idealen Fürsorge des Verfassers für seine Schöpfung zu begründen sein [1]. Es ist nun allerdings in unseren Gesetzen meines Wissens nirgends ausgesprochen, dass auch aus dem Gesichtspunkt des bloss idealen Interesses der Autor einen Strafanspruch wegen Nachdruckes erheben kann, während natürlich sein civilrechtlicher Anspruch wegen Vertragsverletzung ausser Zweifel steht, und einige Rechtsgelehrte behaupten denn auch, dass nur der letztere, nicht auch der erstere anerkannt werden könne [2].

---

[1] Es gibt natürlich auch Fälle, wo dieser sogar materiell interessirt sein kann; nicht bloss, wenn er auf Tantième honorirt ist, sondern auch, wenn er etwa das Recht künftiger Auflagen vorbehalten hatte. Von solchen Complicationen wolle man, um den Fall rein zu denken, absehen.

[2] So meint Wächter, Verlagsrecht S. 93, 94, dass der Einspruch gegen Veränderungen nur auf den Verlagsvertrag, nicht auf das Autorrecht gegründet werden kann; ebenso Scheele zu §. 4, Anm. 16 (p. 29). Kohler, Autorrecht S. 152 (= Dogm. Jhb. 280), möchte ich nicht hieherstellen, da er zwar hier von einem Individualrecht spricht, damit aber über die Frage,

Indessen dürfte es doch richtig sein, auch den Anspruch auf Strafe und Beschlagnahme für gesetzlich begründet zu erachten. Es liegt doch wohl im Sinne der Gesetze, welche un-

---

ob dieses nicht ausnahmsweise den Nachdrucksschutz mitgeniesst, nichts gesagt ist. Andere literarische Stimmen über diesen wichtigen Punkt sind mir nicht erinnerlich.

Die deutsche Judicatur ergibt hier wenig. Die allenfalls einschlägigen Fälle sind zum Theil unbeweisend, zum Theil unglücklich behandelt. R.G.E. in Civ. S. 12, Nr. 12 hat der Autor das gesammte Verlagsrecht für alle Auflagen einem Verleger überlassen und sich bei den späteren Auflagen zu der erforderlichen Ueberarbeitung verpflichtet. Nach seinem Tod lässt der Verleger eine neue von einem Fremden bearbeitete Auflage erscheinen; das R.G. spricht (p. 54) allerdings von Nachdruck, weil mit dem Tod des Autors die Verabredung hinsichtlich der von ihm herzustellenden Bearbeitung hinfällig geworden sei, daher diesbezüglich ein Abkommen mit den Erben hätte getroffen werden müssen. — Aber abgesehen davon, dass es zweifelhaft ist, ob die Erben das Recht hatten, sich die Neuauflage nun nochmals abkaufen zu lassen, oder nur die Pflicht (und allerdings auch das Recht) für einen geeigneten Bearbeiter zu sorgen (vgl. Wächter, Verlagsr. 329) und ob, wenn der Verleger sie umgangen hat, hierin nicht nur eine Eigenmächtigkeit liegt, ein Nachdruck aber doch nur dann, wenn ein ungeeigneter Bearbeiter ausgewählt wurde, so bedeutet die Entscheidung um so weniger für unsere Frage, als es sich im gegebenen Fall gar nicht um den Strafanspruch handelte.

Dass eigenmächtige Aenderung Seitens des Verlegers einen Nachdruck nicht begründet, nehmen die Unterinstanzen bei R.G.E. in Civ. S. 18, Nr. 4 an, vgl. p. 12, siehe auch p. 19 (einfache Negatorienklage). Aber richtig ist nur, dass der im gegebenen Fall sicher vorliegende strafbare Eingriff, nicht eigentlich Nachdruck genannt werden konnte. Die Verlagsfirma V. in L(eipzig) hat von der 57. Auflage einer in der Schweiz herausgegebenen bei der Firma P. in Leipzig in Commission stehenden Sammlung von Volksgesängen eine grössere Anzahl von Exemplaren erworben und verkauft dieselbe mit einem neuhergestellten Titelblatt als »58. Auflage in Commission bei V. (ihr selbst)«. Der Eingriff hatte hier zum Gegenstand zwar nicht das Vervielfältigungsrecht, denn es wurden ja rechtmässig hergestellte Exemplare verwendet, wohl aber das Recht des Vertriebes; denn offenbar war die soi disant »58. Auflage« geeignet, den Absatz der noch vorhandenen 57. und der zukünftigen echten 58. zu beeinträchtigen. Dass das R.G. p. 15 dies nicht ausdrücklich sagt, sondern sich mit dem hier nicht passenden Begriff des Nachdrucks abmüht, rührt daher, dass nach dem Wortlaut des §. 25 R.G. von 1871 nur die Verbreitung unrechtmässig hergestellter Exemplare urheberrechtlich verboten ist. — Natürlich hätte aber eine eventuelle Beschlagnahme nur die Vernichtung des betrügerischen Titelblatts zur Folge haben können.

befugte Vervielfältigung verbieten, dass sie auch eine solche treffen wollen, welche nur wegen ihrer Modalitäten unbefugt ist, zumal es klar ist, dass für eine solche Reproduction die Einwilligung des Autors gar nicht vorliegt [1]).

Wenn so die Intensität der Herrschaft des Urhebers über sein Werk grösser ist als die seines bloss persönlichen Rechtsschutzes, so kommt letzterem wieder eine grössere Extensität zu.

2. Denn was zunächst

a) die räumliche Extensität des eigentlichen Urheberrechts, der materiellen und idealen Bestimmung über das Schicksal des Autorwerkes, betrifft, so gilt auch heutzutage noch in den Staaten, welche den Autorschutz kennen, zumeist die Regel, dass diese Institution nicht unbedingt jedem Autor zu Gute kommt, sondern nur dem Inländer oder demjenigen Fremden, der, sei es nun kraft des Reciprocitätsverhältnisses, sei es kraft besonderer internationaler Verträge mit seinem Heimathsstaat, auf dieselbe im Ausland speciellen Anspruch erheben kann [2]). Mit anderen Worten, der Autorschutz im

---

[1]) Allerdings mag bei geringfügigen oder unwesentlichen Aenderungen ein Urheberrechtseingriff nicht anzunehmen sein. An der Grenze steht der Fall des Verlegers, der in eine Beethoven'sche Composition zwei Tacte hineincomponirte; Vorkommnisse nach Analogie der Uebermalung der Nuditäten im »Jüngsten Gericht« von Michelangelo durch Daniel da Volterra sind ebenso unzweifelhaft strafbar, wie die Aenderung der verabredeten äusseren Ausstattung eines Druckwerkes oft unsträflich sein wird (siehe jedoch unten S. 180 fg.), weil dies die geistige Natur des Werkes nicht berühren kann. — Bei weitgehenden Umänderungen kann auch das eintreten, dass gar keine unbefugte Vervielfältigung mehr vorliegt, weil das Werk ein ganz anderes geworden ist; indessen liegt dann der Fall des §. 53 U. G. vor (Bezeichnung eines eigenen Werks mit fremdem Namen), welcher praktisch genau so gestraft wird, wie jene, und gerade dass man auf dieser Scala zu diesem Ergebniss kommt, beweist, dass schon auf den vorhergehenden Stufen die Strafbarkeit gegeben sein muss.

[2]) Eine Ausnahme machen Belgien und Frankreich, deren Gesetzgebung den Fremden dem Inländer gleichstellt. In weitem Umfang wird ferner das im Text Gesagte für die Staaten, welche der Berner Convention beigetreten sind, durch dieses internationale Uebereinkommen modificirt. Aber die inner-

Sinne des eigentlichen Autorrechts ist auch heute noch nicht ein Institut des jus gentium, sondern des jus civile [1]).

Lässt sich das Gleiche auch hinsichtlich der Individualrechte des Autors sagen? So viel ich sehe, mindestens nicht ohne Weiteres. Da die internationalen Verträge bisher regelmässig nur auf die Wahrung der materiellen Urheberinteressen bedacht sind, fällt die durch sie gegebene Regelung mit der der Individualinteressen keineswegs zusammen. Andererseits dürfte man keineswegs glauben, dass nunmehr die Individualrechte des staatsfremden Autors im Ausland gar nicht geschützt sind. Vielmehr kommt in Betracht, dass das reine Recht der Persönlichkeit ein ganz anderes Gut ist, als das vermögensrechtliche Interesse des Autors. Es kann sehr wohl ein Staat, der nach dem herkömmlichen Brauch Fremden ohne Staatsvertrag den eigentlichen Autorschutz aberkennt, weil der Nachdruck an sich für eine Res merae facultatis betrachtet wird, doch das Recht der Persönlichkeit und damit den Schutz des Individualrechts auch dem ausländischen Autor zubilligen, indem er dies für ein allgemeines Menschenrecht ansieht.

---

staatliche Gesetzgebung steht, abgesehen von den obigen beiden Ausnahmen, noch regelmässig auf dem bezeichneten Standpunkt. Nachweisungen bei Osterrieth, Altes u. Neues vom Urheberrecht 56.

[1]) Es ist eine viel zu weitgehende Behauptung, wenn die Motive des R.G.E. in Strafs. 9. 113 sagen: »Innerhalb der europäischen Culturentwicklung gehört das geistige Eigenthum, von wenigen Ausnahmen abgesehen, heute zu den Grundlagen der internationalen Rechtsordnung und die geltende Rechtsanschauung sieht die Verletzung dieses Eigenthums schlechthin als eine nicht bloss unsittliche, sondern auch widerrechtliche Handlung an . . . Deshalb bleibt der ausländische Nachdruck, selbst wenn er vom Standpunkt des ausländischen Rechts straflos geschieht, vom Standpunkt des inländischen Rechts eine strafbare Handlung.« Wäre das richtig, so müsste der Inländer, der im Ausland ein dort ungeschütztes Werk nachgedruckt hat, nach der Reversion gestraft werden. Dagegen und gegen eine solche Auslegung des §. 22 R.G. von 1871 s. Endemann, Urhebergesetz (1871) p. 19. Es war durchaus überflüssig, mit derartigen falschen Sätzen die an sich ganz richtige Entscheidung zu begründen, dass ein im Inland verübter, wenngleich für das Ausland bestimmter Nachdruck doch strafbar ist. Die richtige Begründung s. unten S. 186.

Es ist hier nicht der Ort, dies an allen einzelnen Rechtsordnungen nachzuweisen, zumal geschriebene Gesetze über diesen Punkt kaum noch irgendwo vorhanden sind; es wird aber kaum bezweifelt werden, dass die Praxis vorgeschrittener Rechtsstaaten, wie namentlich z. B. die in Bezug auf das Individualrecht so glänzende französische Rechtsprechung auch dem vertragsfreien ausländischen Autor eine Klage verstatten würde, falls sein Werk unter fremdem Namen nachgedruckt würde oder eine seine Person compromittirende Veröffentlichung gegen seinen Willen stattfände u. s. f. Ein Beleg aus der österreichischen Gesetzgebung mag dies verdeutlichen. Nach §. 251 lit. 11 der Exec.-Ord. vom 27. Mai 1896 sind »Briefe und andere Schriften des Verpflichteten« der Execution entzogen, ein Ausfluss des Individualrechts, der auch dem urheberrechtlich nicht geschützten Autor zu Gute kommt [1]). Ebenso steht es in dem Fall des §. 53, »Bezeichnung eines fremden Werkes mit eigenem Namen«, da hier ein Officialdelict statuirt ist.

Aehnlich könnte wohl auch der durch Staatsverträge nicht geschützte Autor vom Standpunkt des reinen Individualrechts sich dagegen verwahren, wenn sein Werk mit entstellenden Abänderungen unter seinem Namen vervielfältigt würde; wenn dasselbe — und gerade dieses Beispiel ist bei der kurzen Dauer des Uebersetzungsrechts auch bei bestehenden Staatsverträgen sehr praktisch [2]) — in freier und ihm höchst missliebiger Uebersetzung seinen Namen trüge. Die entstellende Vervielfältigung oder Uebersetzung selbst kann er nicht hindern; denn das Schicksal des Werkes ist seiner Bestimmung entzogen; aber der Schutz seines Namens ist eine Sache für sich, welche die heutige Praxis fast überall auch ohne besondere

---

[1]) Allerdings bezieht sich dieser Paragraph nur auf Manuscripte, die im Besitz des Autors sind. Gegen Veröffentlichung von Manuscripten im Besitz Dritter könnte der nicht durch Staatsverträge gedeckte ausländische Autor nur nach §. 16 B.G.B. geschützt werden.

[2]) Vgl. Kohler, Das Kunstwerk u. s. f. 109.

gesetzliche Bestimmungen anerkennen dürfte. Es mag wohl sein, dass hier zwischen verschiedenen Rechtsgebieten ein Unterschied zu machen sein muss; aber dass dieser Schutz der Person und des Namens weit über jenen des Urheberrechts hinausgreifen kann, wird nicht bestritten werden dürfen.

b) Auch was die zeitliche Extensität der Ansprüche betrifft, tritt derselbe Gegensatz zu Tage. Das eigentliche Urheberrecht, sowohl das materielle als das ideale, ist durch die meisten Gesetzgebungen auf eine bestimmte Frist beschränkt, mit deren Ablauf die Interessen der Gesellschaft an dem geistigen Fortschritt das individuelle Interesse des Autors und seiner Erben an der alleinigen Exploitirung seiner Schöpfung überwinden. Deshalb wird mit dem Ablauf dieser Frist das Werk Gemeingut, Res nullius; seiner Veröffentlichung, Vervielfältigung, Umänderung, Entstellung und selbst Plagiirung kann vom urheberrechtlichen Standpunkt kein Widerstand mehr entgegengesetzt werden. Fortdauernden Bestandes aber ist das Persönlichkeitsrecht des Autors; sein Name braucht auch jetzt noch einen Missbrauch nicht zu ertragen, und darum können zweifelsohne seine Erben, wenn das Werk in entstellter Form unter seinem Namen erscheint, auch nach Ablauf der Schutzfrist eine Individualrechtsklage erheben; das Verbot, die Meistersignatur auf Copien zu setzen, eben weil es nicht Bestandtheil des Urheberrechts ist (vom österr. Gesetz wird es nirgends als solcher erklärt), dauert auch jetzt noch fort, und so führen alle diese Individualrechte ihre Existenz weiter, so lange noch ein interessirter und legitimirter Kläger sich findet.

Uebrigens kann ausnahmsweise auch die umgekehrte Constellation eintreten, dass das Individualrecht noch vor dem Urheberrecht erlischt. So wird der Titel eingegangener periodischer Zeitschriften noch vor dem Ablauf des Urheberrechts von neuen dergleichen Unternehmungen usurpirt werden dürfen, weil die alten kein vernünftiges Interesse mehr haben,

sich dagegen zu verwahren, und die Gefahr einer Täuschung ausgeschlossen ist [1]).

IV. Es erübrigt nunmehr, die Stellung, welche unser Gesetz zu diesen Fragen genommen hat, näher ins Auge zu fassen. Eine ausgesprochene Erklärung zu Gunsten dieser oder jener Auffassung wird man natürlich, der Natur eines Gesetzes entsprechend, nicht erwarten dürfen. Wohl aber lässt sich sagen, dass im Allgemeinen der Gegensatz zwischen der Herrschaft über das Werk und den Individualansprüchen ziemlich deutlich hervortritt.

Interessant und ein deutliches Zeichen, wie sehr sich die Verfasser der Regierungsvorlage den Gegensatz beider Kategorien gegenwärtig gehalten haben, ist es, zu beobachten, dass der Terminus »Urheberrecht« nur auf die Rechte der ersten Kategorie angewandt wird, nicht hingegen auf die (gewöhnlichen) Individualrechte.

So heisst es in §. 23 Al. 1: »Das Urheberrecht an Werken der Literatur umfasst das ausschliessliche Recht, das Werk zu veröffentlichen, zu vervielfältigen, zu verbreiten und zu übersetzen.«

Also diese, und nur diese Befugnisse bilden den Inhalt des Rechtes im Sinne des Gesetzes; ebenso für Tonwerke §. 31, für Bildwerke §. 37. Und nur die Verletzung dieser bildet einen »Eingriff in das Urheberrecht«.

§. 21: »Wer unbefugt eine durch das gegenwärtige Gesetz dem Urheber ausschliesslich vorbehaltene Verfügung über das Werk trifft, begeht einen Eingriff . . .«, und dazu

§. 51: »Wer wissentlich einen Eingriff (§. 21) in ein Urheberrecht begeht . . . macht sich eines Vergehens schuldig.«

Im Gegensatz dazu heisst es bei der Individualrechtsverletzung:

§. 52: »Einer Uebertretung macht sich schuldig: 1. Wer

---

[1]) Vgl. Kohler, Autorr. 135 (= Jhb. f. Dogm. 263).

entgegen der ihm durch dieses Gesetz auferlegten Verpflichtung es unterlässt, den Urheber oder die Quelle einer Entlehnung anzugeben u. s. f.«

Hier ist die Qualification des Thatbestandes als Urheberrechtsverletzung geflissentlich vermieden. Zur Illustration dessen diene die Bemerkung der Regierungsmotive zu dieser Stelle: »Von einer Beeinträchtigung des Urheberrechts kann in jenen Fällen nicht die Rede sein, wo das Gesetz die Wiedergabe eines unter fremdem Urheberrecht stehenden Geistesproducts gestattet, mag auch der Reproducirende dabei jene Förmlichkeiten nicht erfüllt haben, deren Beobachtung das Gesetz vorgeschrieben hat.« Deutlich wird hier der Begriff des Urheberrechts von diesen Individualbefugnissen ferngehalten.

Es scheint mir darin genau der von uns oben entwickelte Satz gelegen zu sein:

Das Urheberrecht im eigentlichen Sinne erstreckt sich auf jene pecuniären und ideellen Ansprüche, welche die pecuniäre und ideelle Herrschaft des Autors über sein Werk sichern. Ansprüche dagegen, welche nicht sowohl die Beziehung des Schöpfers zu seinem Werk, sondern den Schutz seines literarischen und künstlerischen Namens betreffen, sind reine Individualansprüche.

Dass das persönliche Element, welches allen, selbst den materiellen Befugnissen des Autors anhaftet, überall gut durchgeführt ist, wurde bereits gelegentlich bemerkt; es zeigt sich dies vor Allem bei der Behandlung der Miturheberschaft (§. 7) und in dem Heimfallsrecht des Autors, welches eintritt, wenn der Rechtsnachfolger auf seine Rechte verzichtet, erblos verstirbt u. s. f. (arg. §. 16).

Insofern letzteres Recht besteht und auch mit Rücksicht auf die dem Autor zustehenden Individualansprüche [1]) liegt es

[1]) Ueber die in beschränktem Umfang allerdings mögliche Mitübertragung dieser s. unten S. 115 Anm. 2.



nahe zu sagen, dass überhaupt das Autorrecht seiner Substanz nach unübertragbar und Gegenstand seiner Veräusserung nur die Ausübung sei. Das ist denn auch von Vertretern der Persönlichkeitstheorie, wie oben bemerkt[1]), öfters gesagt worden und ist als theoretische Formel für gewisse einzelne Erscheinungen auch recht gut ausgedrückt, zumal, soviel ich sehe, die literarischen Vertreter dieses Gedankens daraus nirgends unrichtige Consequenzen gezogen haben. Leider hat sich nun die Commission des Herrenhauses verleiten lassen, diese Formel, welche, wie gesagt, nur auf gewisse einzelne Verhältnisse anwendbar ist, zu verallgemeinern und geradezu in das Gesetz aufzunehmen, ohne sich über die Tragweite derselben vollkommen klar zu sein. Dies geschah vermittelst der — in der Regierungsvorlage fehlenden — Bestimmungen der §§. 15 und 16[2]).

§. 15: »Das Urheberrecht geht auf die Erben über; ein Heimfallsrecht findet daran nicht statt.«

§. 16 Al. 1: »Der Urheber oder sein Erbe kann die Ausübung des Urheberrechts beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen Anderen überlassen.«

Die bezeichnete Norm ist recht geeignet, die Gefahren, zu welchen eine unbedachte Handhabung doctrinärer Schablonen führen kann, zu demonstriren; ein Vorwurf, von dem allerdings, wie nochmals hervorzuheben ist, die literarischen Vertreter dieses Gedankens sich bisher vollkommen frei gehalten haben.

Ich meine hiemit die aus §. 16 sich ergebende Regel,

---

1) S. oben S. 98 Anm. 1.

2) Dagegen bildet die gleichfalls vom H.H. zugefügte Anordnung des §. 20 U.G., wonach der Urheber, wenn er sein Werk zum Zweck der Herausgabe oder Aufführung einem Anderen überlassen hat und diese ohne sein Wollen oder Verschulden unterblieben ist, in sein ursprüngliches Verfügungsrecht wieder eintritt und diesem Recht nicht einmal vertragsmässig entsagen kann, eine legislativ sehr zu billigende Schranke der Vertragsfreiheit.

dass das Urheberrecht in seiner Totalität nicht Gegenstand eines Vermächtnisses sein kann, sondern, was die Substanz anbelangt, immer dem Erben verbleibt, so dass der Legatar nur die Ausübung erhalten kann. Wie ersichtlich ist, beschränkt sich diese Regel wohl nicht auf die letztwillige Verfügung, sondern gilt auch bei Uebertragung unter Lebenden. Aber während sie hier eine ziemlich harmlose juristische Construction darstellt, welche sogar das eventuelle Heimfallsrecht des Urhebers recht hübsch zum Ausdruck bringt, ist sie für die letztwillige Verfügung gänzlich unpassend.

Der Gedanke des §. 16 ist offenbar dieser: Weil das Urheberrecht ein persönliches ist, muss es auch demjenigen zufallen, der die Gesammtpersönlichkeit repräsentirt. Dies wäre richtig, wenn ein wahres Personenrecht vorläge, und ist darum — in gewissen Grenzen — richtig für die Individualrechte. Ob aber auch für das Urheberrecht im engeren Sinne, das eine gemischt persönlich-vermögensrechtliche Natur hat?

Es liesse sich dafür anführen, dass dem Urheber bei vorzeitigem Erlöschen der Rechte des Singularnachfolgers (z. B. erbloser Tod, Verzicht) das Heimfallsrecht zusteht [1]), welches seinen Erben gewahrt bleiben solle. Indessen ist es de lege ferenda sehr zweifelhaft, ob dasselbe gerade der Person des Erben zuzustehen hat, wenn das Recht zunächst einem Legatar vermacht war. Denn wer sein Urheberrecht legirt, beabsichtigt normalerweise, dem Legatar all seine Urheberrechte und den Erben nichts davon zu vermachen, und das ist wohl die Auffassung aller Gesetze gewesen, welche dieses Vermächtniss ohne Weiteres für zulässig erklären.

Wie sehr das richtig ist, zeigt sich insbesondere in einem Punkte, der gleichzeitig die Consequenzen jener doctrinären Bestimmung aufs Deutlichste klarlegt. Bekanntlich wird jetzt zumeist, und so auch von unserem Gesetz, die Execution in

---

[1]) S. oben S. 98.

ein Urheberrecht, so lange der Autor dasselbe nicht einem Verleger, Aufführungsberechtigten u. s. f. übertragen hat [1]), für unzulässig erklärt. Hat der Autor das Recht einem Legatar vermacht, so erwartet Jeder, dass diese Unexequirbarkeit in der Person des Legatars fortbesteht, der ja genau in die Stellung des Erblassers eintreten soll. Wie aber steht es nach unserem Gesetz? Der Legatar hat ja nur die »Ausübung« des Rechts, und §. 14 erklärt überdies ausdrücklich, dass das Urheberrecht nur »so lange es dem Urheber oder seinen Erben zusteht« der Zwangsvollstreckung entzogen ist! Also: wer sein Autorrecht einem Vermächtnissnehmer hinterlässt, muss einer puren theoretischen Construction zu Liebe riskiren, dass dieses die Eigenschaft der Unberührbarkeit verliert, obwohl er vielleicht den Legatar gerade als Vertrauensperson über den Zeitpunkt der Veröffentlichung entscheiden lassen wollte.

Der eigentliche Fehler unserer Bestimmung liegt darin, dass das, was für die Individualrechte richtig ist, auf die eigentlichen Autorrechte übertragen worden ist. Diese können trotz ihrer persönlichen Accidentien und mit diesen sehr wohl einem Legatar zugedacht werden, und wie das obige Beispiel gewiss klar beweist, ist nur dies der Absicht des Testators entsprechend.

Wie aber das Gesetz einmal lautet, müssen die bezeichneten üblen Folgen desselben einfach hingenommen werden: das Heimfallsrecht des Erben wie die Execution gegen den Legatar. Im Uebrigen freilich umfasst dieses Vermächtniss alle nur denkbaren vermögensrechtlichen Functionen des Rechts; ja es ist hervorzuheben, dass selbst Individualrechte dem Legatar nicht ganz verschlossen sein müssen. So gut für die

---

[1]) Die für das deutsche Recht immerhin zweifelhafte Frage, ob gegen den Erwerber übertragenen Urheberrechts auch dann eine Execution zulässig ist, wenn er das Werk noch nicht publicirt hat (Gierke 814 n. 42), ist für unser Recht nach §. 14 U.G. sicher zu bejahen. Dagegen dem Autor gegenüber kann im Sinne des §. 14 auch eine Neuauflage nicht erzwungen werden.



Ausübung derselben ein Testamentsexecutor bestellt sein kann [1]), so gut können sie dem Legatar eingeräumt werden, und nur das wird zugegeben werden müssen, dass dies mit dem Vermächtniss nicht nothwendig verbunden ist, und dass daneben auch den Erben noch ein Controlerecht zustehen kann [2]). Unzweifelhaft kann es dem Legatar letztwillig verstattet sein, Abänderungen an dem Werk unter dem Namen des Verfassers vorzunehmen, den Schleier der Anonymität zu lüften u. s. f., ja innerhalb gewisser Grenzen wird eine solche Gestattung als stillschweigend mitertheilt anzunehmen sein, wie z. B. bezüglich zeitgemässer Umgestaltung u. s. f.

Demnach reducirt sich die Bestimmung des §. 16 in ihren anerkennenswerthen Folgen auf das, was auch ohnedies selbstverständlich gewesen wäre, nämlich auf die Legitimation der Erben zur Geltendmachung von Individualrechten. Vollinhaltlich bestehen bleiben dagegen die unbedachten und üblen Consequenzen, welche oben bezeichnet wurden.

Praktisch sehr erwägenswerth dagegen war ein Gedanke, welcher im Ausschuss des Herrenhauses zu Tage trat, aber allerdings vom Abgeordnetenhause abgelehnt worden ist. Es wurde proponirt zu verfügen, dass »eine Verfügung über das Werk, welche der Urheber selbst oder mit seiner Zustimmung ein Anderer getroffen hat, in keinem Fall einen Eingriff in

---

[1]) Diese Richtung der Testamentsexecution ist z. B. in England längst anerkannt. So klagte der Testamentsexecutor des Lord Chesterfield gegen dessen Schwiegertochter auf Verbot der Veröffentlichung von Briefen, welche der Lord an seinen Sohn geschrieben hatte, und behielt Recht. Klostermann, Das geistige Eigenthum 1, 324. — In Bezug auf das pecuniäre Autorrecht: Sidney-Webb, Der Socialismus in England (1898), Einleit. p. XIV, theilt mit, dass der in diesem Buch mitgetheilte Essay von William Morris über true and false society mit besonderer Erlaubniss von dessen Testamentsvollstreckern übersetzt worden sei.

[2]) Zu der Uebertragung von Individualrechten vgl. noch Kohler in Busch, Archiv f. Theorie u. Praxis des Handelsrechts 47, p. 188. Irrig spricht sich Osterrieth, Altes u. Neues p. 77, principiell für die Unübertragbarkeit aus.

das (einem Dritten übertragene) Urheberrecht bildet; falls dadurch vertragsmässige Rechte dieser Dritten verletzt wurden, gehört deren Verfolgung auf den Civilrechtsweg«. Der vorausgesetzte Fall ist hiebei der, dass z. B. der Autor das Verlagsrecht dem A. überträgt und dann seinerseits, persönlich oder durch einen neuen Verleger, Vervielfältigungshandlungen vornimmt, welche mit dem Verlagsrecht des A. collidiren; dies soll immer nur als Vertragsbruch, nie als strafbarer Nachdruck erscheinen. Das Urheberrecht würde danach seine Spitze nie gegen den Urheber selbst kehren können. Wenn dies vom Abgeordnetenhause als eine nicht genügend begründete Begünstigung des vom Urheber ausgehenden Vertragsbruchs abgelehnt wurde, so ist daran soviel richtig, dass die rein theoretische Ableitung aus dem prätendirten rein persönlichen Wesen des Urheberrechts, die die Herrenhausmotive gegeben hatten, nicht überzeugend war; denn offenbar hat es der Gesetzgeber in der Hand, frei zu bestimmen, inwieweit er aus einer ihm vorschwebenden Theorie Consequenzen ziehen will. Indessen scheint mir, dass gerade hier ein Fall gegeben war, wo schon rein praktische Erwägungen zu Gunsten des Autors sprechen. Der Fall ist gar nicht selten, dass über die Grenzen des übertragenen Urheberrechts zwischen dem Urheber und seinem Rechtsnachfolger Streit entsteht, oder dass der Urheber durch nicht pünktliche Erfüllung der Vertragspflichten sich beschwert fühlt; hier stehen nun für ihn nicht bloss wie für den Händler materielle, sondern auch die wichtigsten ideellen Interessen in Frage, und es gibt oft für ihn kein anderes Mittel sein Recht zu wahren, als die Selbsthilfe durch eigene Veröffentlichung; der hinkende Bote der Gerechtigkeit kommt viel zu spät. Gesetzt, ich habe eine wichtige wissenschaftliche Entdeckung zu publiciren, für die ich mir jedenfalls die Priorität oder doch die Gleichzeitigkeit mit einem anderen etwa im Erscheinen begriffenen Concurrenzwerk wahren will, oder eine politische Schrift zu veröffentlichen, die gerade nur

heute ihren Zweck erreichen kann, der Verleger aber zieht die Drucklegung unter allerhand Vorwänden hinaus; was nützt mir die Civilklage, wenn der richtige Augenblick zum Erscheinen in der Schwerfälligkeit des Processes verloren geht? Nun ist es freilich richtig, dass bei Nichteinhaltung der Verlegerpflichten unter Umständen schon nach Civilrecht ein Rücktrittsrecht für den Urheber gegeben sein kann oder wenigstens nach einer guten Civilgesetzgebung immer gegeben sein sollte. Immer ist aber die gefahrlose Ausübung dieses Rechts davon abhängig, dass es auch vom Nachdrucksrichter als bestehend anerkannt wird; gerade in zweifelhaften Fällen — und welcher Rechtsfall ist nicht zweifelhaft? — wird aber die Sache so stehen, dass der Urheber, der auf Grund seines Rücktrittsrechts eine selbständige Publication vornehmen will, davor zittern muss, dass der Strafrichter dieses Rücktrittsrecht für nicht gegeben ansieht und am Ende auch noch die Berufung auf den Civilrechtsirrthum als ungenügende Ausrede gegenüber dem Nachdrucksverbot betrachtet. Mit anderen Worten, der Urheber handelt unter dem Damoklesschwert crimineller Verfolgung, wenn er zur Wahrung seiner Rechte sich selbst zu helfen trachtet. Es ist ja richtig, dass ein derartiger Rechtssatz, wie der behauptete, auch zu Missbräuchen Anlass geben kann; ob aber diese Gefahr so gross und unerträglich ist, dass sie zu einer Preisgebung der wichtigsten Autorinteressen führen musste, wäre mindestens einer eingehenderen Erwägung werth gewesen.

VI. Neben den aus wahrer Urheberschaft entspringenden Urheber- und Individualrechten hat das Gesetz 1895 noch einen Fall anerkannt, wo ein Individualrecht nicht urheberrechtlichen Characters geschützt wird.

Bei Photographieporträts nämlich darf selbst der Urheber sein Urheberrecht in allen Fällen nur mit Zustimmung der dargestellten Person ausüben. §. 13, al. 2.

Dass es sich hier überhaupt nicht um ein eigentliches Ur-

heberrecht handelt, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden; mangelt doch jede urheberrechtliche Production.

VII. Endlich kennt das Gesetz noch zwei Fälle, wo ein Recht von nicht urheber-, sondern höchstens individualrechtlicher Natur doch im Gewand eines Urheberrechts geschützt wird. Den einen betrifft der §. 27: »Die behufs Aufnahme in die Tagesblätter gesammelten und vervielfältigten Mittheilungen und Notizen werden so lange geschützt, bis ihre Veröffentlichung durch eines der hiezu befugten Blätter erfolgt ist.« Von Urheberrecht kann hier deswegen nicht die Rede sein, weil jede selbständige geistige Production fehlt, selbst die des Ordnens und Redigirens ist nicht vorausgesetzt. Gedacht ist einfach an Unternehmungen, wie die telegraphischen Correspondenzbureaux, Agence Havas u. a., welche die rein gewerbliche Thätigkeit entfalten, Nachrichten zu beschaffen und an die Tagesblätter weiter zu geben. Der ihnen hier gewährte Schutz ist also ein rein gewerblicher gegen die primitivste Form der Concurrence déloyale, den einfachen Diebstahl. Weil er kein eigentlich autorrechtlicher ist, reicht er auch nur soweit, als das Bedürfniss des Unternehmens nach Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verlangt: bis zum Augenblick, wo diese Nachrichten durch eines der mit der Unternehmung in Geschäftsverbindung stehenden Blätter veröffentlicht sind. In diesem beschränken Umfang aber ist ein quasiautorrechtlicher Schutz vorhanden; die unbefugte Veröffentlichung oder Verbreitung ist Vergehen und verfällt der Beschlagnahme. Das ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber in einem Gesetz, welches das Urheberrecht schützt, selbstverständlich.

Der zweite hieher gehörige Fall steht in §. 24, lit. 2: »Die Herausgabe einer Briefsammlung ohne Zustimmung des Urhebers oder seiner Erben ist ein Eingriff in das Urheberrecht.« Vorauszuschicken ist zur Würdigung dieser Stelle der Satz, dass der einzelne Brief nach der Auffassung mancher

Urheberrechtslehrer, der auch stillschweigend das Gesetz und ausdrücklich die Motive des Herrenhauses sich anschliessen (s. unten S. 134 fg.), kein Object des Urheberrechts sein soll. Wenn nun dennoch die Herausgabe einer ganzen Briefsammlung ohne Zustimmung des Verfassers der Briefe als Urheberrechtsverletzung stigmatisirt ist, so kann dies offenbar nicht im eigentlichen Sinne zu verstehen, sondern nur so aufzufassen sein, dass die unzweifelhaft in einer solchen Publication liegende Verletzung des Individualrechts, welches gegen die Enthüllung des intimen Innenlebens sich sträubt, in den Formen des eigentlichen Urheberrechts geschützt wird.

VIII. Während alle Urheber- und sonstigen Individualbefugnisse rein privater Natur sind, die Verletzung derselben daher nur Antragsdelicte begründet, normirt schliesslich unser Gesetz in §. 53 noch ein Officialdelict: »Wer in der Absicht zu täuschen ein fremdes Werk mit seinem eigenen Namen, oder ein eigenes Werk mit dem Namen eines Anderen versieht, um dasselbe in den Verkehr zu setzen, oder wer wissentlich ein solches Werk in Verkehr setzt (oder wer in gleicher Absicht eine falsche Anmeldung zum öffentlichen Urheberregister vornimmt), macht sich, auch wenn kein Eingriff in ein Urheberrecht vorliegt, eines Vergehens schuldig, insofern nicht strengere Bestimmungen des Strafgesetzes eingreifen.«

Das Gesetz unterscheidet hier also zwei Fälle: a) das Plagiat, d. h. die Bezeichnung eines fremden Werkes mit eigenem Namen. Dieses kann gleichzeitig ein Eingriff in das Urheberrecht sein, wenn es nämlich mit einer unberechtigten Verfügung über das Werk verbunden ist; dies entfällt jedoch dann, wenn z. B. der berechtigte Successor in das Autorrecht (Verleger u. s. f.) selbst es ist, der die Fälschung des Namens vollzogen hat. Hier liegt eine Verletzung des eigentlichen Urheberrechts (Nachdruck, unberechtigte Aufführung u. s. f.) nicht vor, sondern nur eine Unterdrückung der fremden Autorschaft; diese erscheint jedoch dem Gesetzgeber als eine so

schwerwiegende, dass er Officialverfolgung angedroht hat[1]). Eine ähnliche Bestimmung hat das russische Strafgesetz Art. 1683, während die eigentlichen Autorrechtsgesetze von diesem Thatbestand regelmässig schweigen. b) Der zweite vom Gesetz behandelte Fall ist der Missbrauch eines fremden Autornamens für ein eigenes Werk, ein Fall, den auch das belgische Gesetz 1886 Art. 25 bereits behandelt: »L'application méchante ou frauduleuse sur un objet d'art, un ouvrage de littérature ou de musique, de nom d'un auteur ou de tout signe distinctif adopté par lui pour désigner son oeuvre, sera punie« ... Auch hier ist das Officialdelict nicht auf Verletzung eines Urheberrechts gegründet.

Eine sehr zweifelhafte Frage ist es nun aber, ob in beiden Fällen ein strafbarer Thatbestand auch dann vorliegt, wenn derjenige, dessen Werk oder Name in der bezeichneten Art gebraucht wurde, hiezu seine Zustimmung gegeben hat. Solche Fälle kommen häufig genug vor; man denke nur an Goethe, der Gedichte der Marianne v. Willemer als die seinigen veröffentlicht hat, oder an die Aufnahme von Liedern Fanny Mendelssohn's unter die ihres Bruders Felix, oder an den jugendlichen Auber, der unter dem Namen seines Lehrers Lamarre Compositionen veröffentlichte. Wenn hier ein berühmter Autor fremde Werke unter den Schutz seines Namens nimmt, so ist die umgekehrte Constellation, dass ein anonym bleiben Wollender sich den Gebrauch des fremden Namens ausbittet, die eigentliche Voraussetzung des bekannten literarischen Streitfalles Shakespeare-Bacon geworden. Da ich im Nachstehenden die Un-

[1]) Liegt dieses Delict auch schon dann vor, wenn Jemand die Copie nach einem fremden Bildwerk mit seinem Namen bezeichnet? Dafür Schuster, Gerichtszeitg. 1892 p. 348, und mit Recht, wenn dieses »in der Absicht zu täuschen, um das Werk in Verkehr zu setzen«, geschehen ist; denn die Copie ist künstlerisch eine Repräsentation des fremden Werks. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn die obige Absicht fehlt. — Da nun andererseits der Copist auch die Meistersignatur nicht ohne Weiteres auf seine Arbeit setzen darf, so hat er sie correct zu signiren als »Copie nach ... von ...«

sträflichkeit derartiger Vorgänge vertreten will, möchte ich, um diese Behauptung, durch die Berufung auf die Moral grosser Männer, nicht allzu sehr zu erleichtern, auch einige Constellationen anführen, wo der Vorgang ein viel weniger unschuldiges Ansehen hat. Man denke an die Möglichkeit, dass Jemand z. B. durch apokryphe Dissertationen, Preisschriften u. s. f., die er von einem Dritten herstellen lässt, sich nach aussen Fähigkeiten und Leistungen beilegt, die er in Wahrheit nicht besitzt; selbst wenn er dies ohne gewinnsüchtige Absicht thut — man denke an die von einem Cavalier auf Mozart's Requiem versuchte Bestellung — ist der Fall nicht allzu erfreulich. Auch das ist vorgekommen, dass ein Autor, auf dessen Urheberrechte von seinen Gläubigern Zwangsvollstreckung geführt wurde, erklärte, alle seine Werke stammten von seiner Ehegattin her.

Für die Bejahung der Strafbarkeit liesse sich nun anführen, dass das Gesetz Verletzung eines actuellen Individualrechts nicht ausdrücklich erfordert, und dass der Missbrauch von Werk oder Namen eines längst verstorbenen Autors, wo ein solches Recht praktisch gar nicht mehr in Frage kommt, sicher unter das Gesetz fällt. Daraus könnte man ableiten, dass es das Recht der Gesellschaft auf Wahrheit ist, dessen Verletzung hier pönalisirt sei. Indessen ist andererseits dieses Recht doch nicht unbedingt anerkannt. Denn das ist zweifellos — sowohl der Wortlaut des Gesetzes, als zum Ueberfluss eine Aeusserung des H.H.berichtes beweist es —, dass die Bezeichnung eines fremden Werkes mit dem Namen eines Dritten nicht strafbar ist, obwohl doch auch hier eine Mystification vorliegt. Freilich ist hier die egoistische Absicht ausgeschlossen; aber diese kann, wie das Vorige beweist, auch in unseren Fällen fehlen, resp. so harmloser Natur sein, dass eine Strafe kaum dem Rechtsgefühl entspricht.

Mir scheint für die Verneinung der Strafbarkeit zunächst schon die Fassung des Gesetzes zu sprechen, welche auf ein

einseitiges Vorgehen des Plagiators hindeutet (Wer ... versieht); es wäre doch überaus nahe gelegen, auch den Mitthäter, der Werk oder Namen zu dieser Manipulation hergegeben hat, zu nennen, wenn man an diese Constellation gedacht hätte. Sodann aber weisen darauf die Motive, sowohl der Reg.-Vorl., als des H.H.; die ersteren sprechen vom Missbrauch eines Autornamens, die letzteren vom Schutz des Individualrechts. Die H.H.Motive sprechen insbesondere aus, dass man geflissentlich den Fall nicht unter Strafsanction gestellt hat, wo Jemand ein fremdes Werk mit dem Namen eines Dritten — etwa das eines längst verstorbenen Autors mit einem gleichfalls der Vergangenheit angehörigen Namen bezeichnet, weil hier wohl unter Umständen der Thatbestand eines Betrugs, aber keine Verletzung irgendwelchen Individualrechts vorliegt[1]. Daraus ergibt sich, dass

---

[1]) H.H. Mot. zu §. 55 (§. 53 des Ges.). »§. 55 normirt das der österreichischen Gesetzgebung bisher fremde Vergehen der Namensverfälschung conform der Regierungsvorlage. Mit Vorbedacht ist sein Thatbestand auf die beiden Fälle beschränkt, wenn Jemand ein fremdes Werk mit seinem eigenen Namen, und wenn er ein eigenes Werk mit dem Namen eines Anderen versieht, weil nur in diesen beiden Fällen — nicht aber auch dann, wenn ein fremdes Werk mit dem Namen eines Dritten versehen wird — ein unmittelbar praktisches Bedürfniss nach solchem Schutze vorzuliegen scheint; in die ausgeschiedene, sehr weit umfassende Fallgruppe würden auch Thatbestände hineinfallen, welche, wie die Bezeichnung des Werkes eines längst verstorbenen Autors mit einem ebenfalls der Vergangenheit angehörigen Namen, wohl unter Umständen den Thatbestand des Betruges bilden mögen, aber mit dem Schutze irgendwelchen Individualrechtes nichts zu thun haben.« Man darf sich an dem im Text Ausgeführten auch nicht dadurch irre machen lassen, dass in den Reg.-Mot. zu diesem Paragraphen es unter Anderem heisst: »Da in dem Thatbestande dieser strafbaren Handlung eine ganz ähnliche Beeinträchtigung entweder der Rechte des Publicums oder der Rechte eines Urhebers oder auch beider zugleich gelegen ist, wie in dem Eingriffe eine Verletzung des Urheberrechts, so wird dieser Fall unter die gleiche Strafsanction gestellt, wie der des §. 45«; obwohl dies so aussieht, als wäre eine blosse Verletzung der Rechte des Publicums ohne eine solche der des Autors möglich. Hier ist wohl nur an den Fall gedacht, dass die Verletzung des Urhebers, etwa weil dieser längst verstorben ist, praktisch von Niemanden verfolgt wird.

nur eine Verletzung des Individualrechts pönalisirt werden soll, und in der That geziemt es der Rechtsordnung nicht, abgesehen von eigentlich dolosen Schädigungsfällen, einen abstrakten Anspruch auf Echtheit der literarischen und künstlerischen Production zu statuiren, den höchstens die Literatur- und Kunstgeschichte erheben kann. Anderenfalls würde man gegen den Autor eine Strenge walten lassen, welche den Händler nicht trifft, da diesem Niemand vorschreibt, über die Provenienz seiner Waare die absolut richtige Angabe zu machen.

Es kann auch nicht als juristische Ineleganz bezeichnet werden, wenn hienach gegenüber lebenden Autoren eine Verletzung des Individualrechts verlangt wird, während beim Missbrauch des Namens verstorbener Verfasser die Strafbarkeit eintritt, obwohl eine persönliche Kränkung auch hier nicht vorliegt. Es wäre doch sehr formalistisch gedacht, wenn man aus diesem Grunde die eclatante Verschiedenheit übersehen wollte, welche die ertheilte Genehmigung im ersteren Fall begründet. Was in dem einen Fall Diebstahl ist, ist im anderen Schenkung.

Selbstverständlich ist es aber, dass auch die mit Zustimmung des Anderen erfolgte Verwendung seines Werks oder Namens ein selbständiges Delict anderer Art begründen kann, an welchem dann möglicherweise der grossmüthige Unterstützer mitschuldig ist. So bei apokryphen Dissertationen und Preisschriften, oder dann, wenn dem mit Rücksicht auf den Namen eines berühmten Autors, der sich zu diesem Vorgang hergibt, kaufenden Kunstfreund ein Falsum geliefert wird. Im Uebrigen mag die schwierige strafrechtliche Frage, ob ein bekannter Autor, der fremde Arbeiten als die seinigen auf den Markt bringt, schlechthin als Betrüger zu behandeln wäre, weil es Leute gibt, die auf seinen Namen hin kaufen, oder ob er sich darauf berufen kann, dass nicht der Name feilgehalten sei, sondern das Werk, und der sonstige hier anzuknüpfende Complex von Fragen der Competenz der Strafrechtslehrer überlassen bleiben.

II. Gegenstände des literarisch-artistischen Urheberrechts.

a) Werke der Literatur.

Das Gesetz hat hier, wie auch bei den Werken der bildenden Künste, keine Definition, sondern nur eine Aufzählung gegeben, welche jedoch nicht taxativ, sondern bloss exemplificativ zu verstehen ist. Was daher als literarisches Werk anzusehen ist, ist aus allgemeinen Lehren des Urheberrechts zu entnehmen.

Nach diesen lässt sich die Frage dahin beantworten: Ein literarisches Werk liegt vor, sobald ein individueller Gedankeninhalt um seiner selbst willen in eine bestimmte Sprachform gebracht ist.

I. Es muss also ein individueller Gedankeninhalt in bestimmter Form ausgedrückt sein.

a) Mit dem ersteren Erforderniss ist vom Begriff ausgeschlossen jede einfache Mittheilung von Thatsachen [1]) und wäre es auch die werthvollste Entdeckung; sobald es nur die einfache Perception von Thatsachen und nicht die subjective Aneinanderreihung von Vorstellungen ist, was in Sprachform wiedergegeben wird, ist jede literarische Urheberschaft [2]) ausgeschlossen. Denn auf die Wahrheit, oder was sich als solche ausgibt, kann Niemand ein Vorrecht haben.

Mangels eines individuellen Gedankeninhalts erwirbt der Herausgeber fremder Werke kein Urheberrecht [3]). Mag auch auf die Erlangung des Manuscripts, Entzifferung und Kritik des Textes noch so viel Mühe verwendet worden sein, so hat

---

[1]) Z. B. Zeitungsnachrichten (U.G. §. 26), Wetter- und Börsenberichte, Geschäftsanzeigen, Mittheilungen aus dem Privat- und Familienleben u. s. f.

[2]) Allenfalls kann ein Patentrecht u. dgl. erworben werden.

[3]) Auch der Herausgeber von Volkssagen, Volksliedern u. dgl. Doch kann hier eine selbständige Wiedergabe vorliegen, die als solche eine individuelle Vorstellungsthätigkeit in sich schliesst.

er immer nur das Verdienst, das objectiv Gegebene zugänglich gemacht zu haben, und an diesem bereits Vorhandenen kann Niemand ein Autorrecht besitzen [1]). Auch an der Con-

[1]) Eine andere — legislative — Frage ist es, ob nicht im Interesse des Verlagsgewerbes auch der Herausgabe fremder unedirter Werke ein gewisser Schutz zu gewähren ist, wie ihn z. B. Frankreich, England und Spanien (vgl. Kohler in der Ztschr. f. Priv.- u. öff. R. der Gegenwart 15, p. 214) bereits kennen. Ich habe überhaupt den Eindruck, als ob die deutsche Urhebergesetzgebung, im Bestreben, den ursprünglich bloss dem Verlag gewährten Schutz in einen solchen der geistigen Urheberschaft umzuwandeln, mehrfach die Interessen der Verlagsunternehmen als solcher allzusehr ausser Augen gelassen habe, wie denn z. B. nach dem deutschen Reichsgesetz auch eine Sammlung von Briefen — abgesehen von etwaiger concurrirender Autorthätigkeit des Herausgebers — leider schutzlos ist. Betreffend die hier behandelte Frage gibt der bekannte Fall der Publication der in französischer Sprache verfassten Memoiren de Catt's über seinen Verkehr mit Friedrich dem Grossen, welche zu Leipzig in deutscher Uebersetzung nachgedruckt wurde und hiegegen vor den Gerichten keinen Schutz fand, ein drastisches Beispiel für das Risico, welchem der Unternehmer derartiger Ausgaben nach dem gegenwärtigen Recht unterliegt, und dieser Uebelstand tritt täglich von Neuem hervor bei den oft mit grossen Mühen und Kosten veranstalteten bereinigten oder Erstausgaben alter Handschriften, Urkundentexte u. dgl. Das Druckermonopol früherer Jahrhunderte, soviel man vom Standpunkt des reinen Urheberrechts dagegen einwenden musste, hatte unzweifelhaft den Vorzug, derartige Gefahren auszuschliessen. Insofern lag in diesem Rechtszustand ein gesundes Element; es lässt sich nicht verkennen, dass das Verlagsgewerbe auch als solches, und abgesehen von dem rein urheberrechtlichen Inhalt, den es in sich schliessen kann, gegen unbefugte Concurrenz einen Schutz bedarf, wenn nicht die wichtigsten und dankenswerthesten Unternehmungen wegen der ihnen drohenden unlauteren Exploitirung erschwert oder unmöglich gemacht werden sollen. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass in derartigen Fällen voller Urheberschutz einzuräumen wäre; ein unbedingtes Verbot des Nachdrucks, gar in der heute bei Autorwerken üblichen Dauer, hiesse die werthvollsten historischen Schätze zu Gunsten Einzelner monopolisiren. Der Nachdruck müsste daher entweder nur durch sehr kurze Frist verboten oder, was mir noch angemessener erschiene, an sich erlaubt und nur durch eine gewisse Zeit mit der Entrichtung einer gewissen Gebühr an den Herausgeber der Editio princeps belegt sein, welche nach dem Umfang zu tarifiren wäre. Durch diesen Vorschlag werden die zwei wesentlichsten Bedenken umgangen, welche Kohler in der Ztschr. f. Priv.- u. öff. R. 15, 214 fg. gegen den Schutz der Editionen geltend macht, nämlich a) dass es möglich sein muss, solche Texte in conjectural verbesserter Form neu herauszugeben und b) auch möglich neue (und bessere)

jectur, da sie sich selbst nur als Herstellung des Originaltextes gibt, kann ein Autorrecht nicht bestehen.

Wohl aber wird ein solches begründet an dem kritischen Apparat, den der Herausgeber beifügt.

Dies folgt aus dem allgemeinen Gesichtspunkt, dass auch ordnende und sammelnde Thätigkeit, insofern sie einen individuellen Gedankeninhalt in sich schliesst, ein schutzwürdiges Werk begründen kann [1]). Demgemäss ist jede planmässige Sammlung, auch bloss thatsächlicher Mittheilungen, die Witterungsstatistik, das Adress-, Curs- und Kochbuch, das Lexicon u. s. w. ein Werk der Literatur. Insbesondere auch die Zeitung, vorausgesetzt eine redactionelle Thätigkeit, welche den Stoff nach einem bestimmten Plan anordnet; nicht dagegen die Fachzeitschrift, wenn sie die ihr zugesandten Artikel nach der Reihenfolge aufnimmt.

b) Schon aus dem Gesagten ergibt sich, dass die geistige Thätigkeit, die zum Autorrecht erforderlich ist, unter Umständen eine recht niedere sein kann. Was das Autorrecht erzeugt, ist eben niemals die Originalität des geistigen Inhalts, sondern die Individualität desselben; d. h. die bei möglicherweise mangelnder materieller Ursprünglichkeit der Vorstellungen formell vorhandene Eigenthümlichkeit ihrer Verknüpfung. Diese, also die Formung des Stoffes, nicht der Stoff selbst, ist es, was wir die Literatur nennen.

Mithin setzt der Begriff des literarischen Werks eine bestimmte sprachliche Form voraus.

Copien des Originals zu publiciren. — Dass eine solche Gebühr unter Umständen einen Wettlauf um die Priorität der Ausgabe herbeiführen wird, ist ein Uebelstand, der im Patentwesen auch vorkommen kann. Vgl. zu der ganzen Frage noch Bähr, Arch. f. bürg. R. 7, 150 f. und die Publicationen des Börsenvereins deutscher Buchhändler 9 (1896), p. 61.

[1]) Ebenso kann die Mittheilung einer Mehrheit von Thatsachen eine selbständige anordnende Darstellungsthätigkeit involviren; ganze Literaturzweige werden nur unter diesem Gesichtspunkt geschützt.



Demnach fällt nicht unter den Begriff das formlose Gespräch und ebensowenig die Mittheilung wissenschaftlicher, künstlerischer, technischer Ideen als solche. Der Schutz der Idee kann möglicherweise auf dem Gebiet des Patent- oder des gewerblichen Urheberrechtes gefunden werden; das literarisch-artistische Urheberrecht setzt die literarisch-artistische Formung der Ideen voraus.

Dabei hat es übrigens für das Erforderniss der bestimmten Form nichts zur Sache, ob schriftliche Fixirung oder bloss die gesprochene (aber geformte) Rede vorliegt; denn auch die letztere ist, und zwar nicht bloss im Wege der Schrift, sondern auch durch mündliche Wiederholung aus dem Gedächtniss fähig in den geistigen Verkehr gesetzt zu werden, der nur *a potiori* ein literarischer genannt ist.

Da sprachliche Aeusserungen, um Gegenstand des Autorrechts sein zu können, einer bestimmten Formung bedürfen, handelt es sich hiebei zumeist um Vorträge. Die Frage, ob auch ein in gebundener Form, etwa in Versen, gehaltener Dialog zwischen zwei Personen hieher gezählt werden könnte, ist nach unserem Gesetz, da in §. 4 lit. 4 nur die Vorträge genannt sind, wohl zu verneinen [1]).

c) Auf den Umfang der stattgehabten Production kommt es in keinem Falle an; sofern nur eine bestimmte individuelle Vorstellungsreihe vorhanden ist, kann die geringste ebenso geschützt werden wie die grösste; darum das einzelne Bonmot eines Unterhaltungsblattes, das einzelne Distichon, der Gassenhauer u. s. f. [2]). Nur theilweise greift hier das Recht der Gemeinbenutzung an veröffentlichten Werken ein (s. unten S. 187). Literarischen Werth zu verlangen, ist innerlich nicht gerechtfertigt und praktisch undurchführbar; ebenso das Erforderniss

---

[1]) Seiller 341. Auch für das deutsche Recht ist dieser Punkt, da im Princip Schriftwerke und daneben nur ausnahmsweise »Vorträge« geschützt werden, ähnlich zu entscheiden (vgl. jedoch R.G.E. in Civ.S. 22, S. 176).

[2]) Schutz eines Couplets Dambach, Fünfzig Gutachten 106.

der Marktfähigkeit. Wohl aber sind unsittliche oder verbotene Schriften kein Gegenstand des Urheberrechts [1]).

II. Setzt also das literarische Werk einen Gedankeninhalt in bestimmter Sprachform voraus, so genügt doch, um Autorthätigkeit anzunehmen, nicht jede aus was immer für einem Grunde erfolgte Gedankenäusserung. Es ist vielmehr erforderlich, dass die stattgehabte Vorstellungsproduction um ihrer selbst willen sprachlich fixirt worden ist. Denn nur dann kann man von einem literarischen Werk sprechen, wenn die Absicht auf Herstellung eines geistigen Erzeugnisses gerichtet war; wenn sie dahin ging, dasselbe um des in ihm gelegenen selbständigen Werthes willen zu schaffen.

Der geistige Zweck also ist es, der das Werk zu einem literarischen stempelt.

Es wird nicht unangemessen sein, hier auf die Bedeutung hinzuweisen, welche dem Zweckmoment für die Beurtheilung der Frage zukommt, ob resp. was für eine urheberrechtliche Production anzuerkennen ist.

Man würde gänzlich irre gehen mit der Meinung, als ob sich das Vorhandensein eines literarisch-artistischen Urheberrechts einzig nach dem inneren Kriterium der geistigen Thätigkeit bestimmen liesse. Betrachtet man die Dinge näher, so wird man finden, dass diese Bestimmung eine ganz ungewisse und geradezu grenzenlose wäre. Eine selbständige geistige

---

[1]) Dass dies immer wieder geleugnet wird, beruht auf einer Verwechslung des auch hier stattfindenden Individualschutzes (z. B. gegen Veröffentlichung) mit dem Immaterialgüterrecht. Dieses kann die Rechtsordnung dort nicht anerkennen, wo sie die Verbreitung einer Schrift untersagt. Die Einwendung, dass damit der Nachdruck einer im Inland verbotenen Schrift im Ausland gestattet werde, trifft nicht zu, denn für jedes Land ist die Frage der Unerlaubtheit selbständig zu beantworten. (Der Schutz der Berner Convention allerdings ist nach Art. 2 al. 2 nur nach der Erlaubtheit im Ursprungsland zu beurtheilen.) Die praktische Schwierigkeit, die sich dem obigen Satz in Oesterreich vermöge der Verschiedenheit der Gerichte entgegenstellen kann, welche das objective Verfahren handhaben, kann die theoretische Richtigkeit desselben nicht aufheben.

Thätigkeit findet sich schliesslich in allen Emanationen der denkenden Persönlichkeit, von der geistreichen Conversation und der schlagfertigen Prüfungsantwort angefangen bis zur tiefgedachten Parlamentsrede oder dem blendenden Plaidoyer — und doch ist man einig, diesen Geistesthaten den literarischen Charakter ebenso sicher abzusprechen, als man ihn der werthlosesten Abhandlung zugesteht. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich auch auf dem Gebiet der bildlichen Darstellung. Eine solche ist gar nicht denkbar ohne geistige Production; nichts wäre psychologisch weniger begründet, als wenn man dem Illustrator eines Weihnachtskatalogs von irgend welchen Mode- oder Industrieartikeln diese absprechen wollte, weil er nach Vorlagen gezeichnet hat — er zeichnet ebenso gut, ebenso selbständig und vielleicht ebenso künstlerisch als derjenige, der Landschaftsveduten auf Kunstausstellungen veröffentlicht. Nur der verschiedene Zweck ist es, der den Einen in die Sphäre der Industrie und allenfalls auf die Hilfe der Musterschutzgesetze verweist, den Andern der artistischen Gesetzgebung theilhaftig werden lässt. Und ebenso ist es das Zweckmoment, welches bestimmt, ob eine Zeichnung oder ein Stich als Kunstwerk oder als literarisches Hilfsmittel dem artistischen oder dem literarischen Urheberschutz unterliegt.

Sehr zutreffend hat das deutsche Reichsgericht (E. in C.S. 14, 54) die artistischen Werke bestimmt als solche, »welche von ihrem Urheber geschaffen sind nicht als Mittel zu einem ausserhalb ihres in sich beschlossenen Daseins liegenden Zwecke, sondern als schöne . . . Gestaltungen, welche ihren Schöpfer im Erschaffen und den Betrachtenden bei der Anschauung mit der idealen Freude an ihrer Schönheit erfüllen«, und dasselbe liegt in der Bemerkung E. 18, 107, dass das Werk der bildenden Kunst ist »ein für die Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen bestimmtes Werk«.

Der Zweck also ist es, der die geistige Arbeit als literarische oder künstlerische Thätigkeit erscheinen lässt. Nur

muss man sich dabei vor dem Fehler hüten, als ob eine besondere, auf Herstellung eines bleibenden geistigen Erzeugnisses gerichtete, also in diesem Sinne zweckmässige Thätigkeit erforderlich wäre. Auch wer nicht für die Unsterblichkeit arbeitet, auch wer da singt wie der Vogel singt, hat doch ein Geisteswerk geschaffen; nicht bloss der Improvisator, der wenigstens zu einem lauschenden Publicum spricht, ist gegen den Stenographen geschützt; selbst wer wie Mozart auf der Kegelbahn neue Melodien trällert oder wie Beethoven bei geschlossenen Fenstern phantasirt, muss gegen hinterlistige Aufzeichnung seiner vorüberziehenden Gedanken gesichert sein.

Der urheberrechtliche Zweck ist daher nicht sowohl positiv als negativ zu bestimmen; es genügt auch die scheinbar zwecklose, halb unbewusste Selbstbewegung des Geistes, um ein literarisches Werk herzustellen, wie es denn auch zweifellos ist, dass auch die Schöpfungen geisteskranker, also einer zweckmässigen Thätigkeit unfähiger Autoren oder die von Kindern als schutzberechtigte Geisteswerke gelten, und nur das ist immer vorauszusetzen, dass die Geistesthätigkeit eine spontane, selbstbestimmte gewesen ist, weil sonst von einem literarisch-artistischen Werk nicht die Rede sein kann [1]).

Ebensowenig darf man überall irgend welche rein ideale Zwecke für die urheberrechtliche Production beanspruchen. Bei der Ton- und der bildenden Kunst werden sie freilich nicht gänzlich fehlen können; mag auch die Kunst nach Brod gehen, so ist doch der Umstand, dass der Künstler um des lieben Brodes willen arbeitet, nicht im Stande, die Thatsache zu beseitigen, dass er bei seinen Abnehmern idealere Interessen, wie das Reichsgericht sagt, »die ideale Freude an der Schönheit« voraussetzen muss und diesen sich anpasst. Dagegen ist bei einem Schriftwerk ein ideales Interesse nicht erforderlich; es kann auch der Zweck rein practischer Be-

---

[1]) Aus diesem Grunde würden die im Zustand der Hypnose erzeugten Werke nicht als urheberrechtlich anzusehen sein.

lehrung damit verbunden sein. Auch dann noch ist es seinem Zweck nach kein gewerbliches Product, mag auch eine praktische Unterweisung beabsichtigt sein; denn es dient nicht einer unmittelbaren gewerblichen Anwendung, sondern zunächst dem Unterricht, bewegt sich also auf geistigem Gebiet.

Unter diesen Beschränkungen also gilt das Kriterium, welches oben aufgestellt wurde, dass die Vorstellungsproduction um ihrer selbst, um ihres eigenen Gedankenwerths willen stattgehabt haben muss. Kehren wir nach dieser allgemeinen Erörterung nun zum Einzelnen zurück, so sind aus diesem selten richtig formulirten Grunde keine literarischen Werke jene sprachlichen Gedankenerzeugnisse, welche nicht ihrem eigenen Inhalt zu Liebe, sondern lediglich zu anderen Zwecken in die Welt gesetzt worden sind, welche also nicht dem Reich der Vorstellung, sondern dem des Willens angehören.

Dadurch und nur dadurch unterscheidet sich z. B. der Vortrag von der Ansprache [1]); jener soll einen eigenthümlichen Gedankeninhalt versinnlichen, um an diesem Inhalt Erbauung, Belehrung oder Unterhaltung zu ermöglichen; diese soll unmittelbar als Gruss und Dank, als Botschaft oder Befehl Beziehungen von Person zu Personen herstellen, bestehende zum Ausdruck bringen, Willensthätigkeiten ins Leben rufen u. s. w. Demgemäss sind ein- für allemal des Urheberschutzes untheilhaftig (§. 5 al. 1): »Gesetze, Verordnungen und öffentliche Actenstücke, ferner Reden und Vorträge, welche bei Verhandlungen oder Versammlungen in öffentlichen Angelegenheiten gehalten wurden« [2]); man wird hieher auch den Aufruf, die

[1]) Aus dem Moment der formalen Abgeschlossenheit ist ein genügender Gegensatz zwischen beiden nicht herzuleiten, obwohl dies ganz gewöhnlich geschieht; eine gewählte Ansprache kann dasselbe in viel höherem Masse in sich tragen, als ein schlechter Vortrag. Hier wie auch sonst hat sich an der Urheberrechtsliteratur die Vernachlässigung des Zweckgedankens durch die Nothwendigkeit scheinhafter und ungenügender Unterscheidungen gerächt.

[2]) De lege ferenda wäre allerdings m. E. die Veranstaltung von Sammelausgaben der öffentlichen Reden einer bestimmten Person dieser und ihren

Proclamation stellen müssen, welche unmittelbar auf den Willen anderer zu wirken bestimmt sind, nicht hingegen die politische, religiöse, sociale Streitschrift, weil diese zunächst einen geistigen Inhalt zum Ausdruck bringen und diesen als selbständigen treibenden Keim wirken lassen will.

Keine literarischen Werke sind ferner (§. 5 al. 3) »geschäftliche Ankündigungen, Erklärungen und Gebrauchsanweisungen, welche Erzeugnissen der Industrie zur Belehrung der Abnehmer beigegeben werden, und Erzeugnisse der Presse, welche lediglich den Bedürfnissen des häuslichen Lebens zu dienen bestimmt sind«. Denn hier ist es wiederum nicht der eigene Gedankenwerth, sondern lediglich die unmittelbare praktische Verwendbarkeit, um derentwillen diese Erzeugnisse hergestellt worden sind.

Dass dies auf die grosse Mehrheit der Annoncen, Circulare, Waarenkataloge, Prospecte, Programme u. s. f. Anwendung findet, ist ausser Zweifel. Dagegen wird sehr häufig bei Belehrungen, welche Geschäftsleute über den Nutzen und die Verwendung ihrer Waare ihren Kunden zur Verfügung stellen, angenommen, dass diese schutzfähig sind; so nimmt der preussische liter. Sachverständigenverein die Schutzfähigkeit an bei dem Prospect einer Fabrik ätherischer Oele und Essenzen, der mit Unterweisungen über die Herstellung von Liqueuren aus diesen Ingredienzien versehen ist [1]). Ich halte dies für verfehlt [2]); erwägt man, dass im gegebenen

---

Erben vorzubehalten gewesen, wie es im belgischen Gesetz v. 26. März 1886 Art. 10 Abs. 2 geschieht.

[1]) Dambach, Fünfzig Gutachten Nr. 15. — Ebenso Klostermann, Geist. Eigth. 1, 137, Wächter, Urheberr. 58, Dambach, Urheberr. 16 u. a.

[2]) Dasselbe gilt von dem bei Dambach a. a. O. Nr. 16 mitgetheilten Gutachten; hatte, wie behauptet wird, der Kläger thatsächlich neue Apparate zu bacteriologischen Untersuchungen construirt, so stand für den Schutz dieser die Patentgesetzgebung offen. Das Autorrecht aber ist nicht berufen, die Beschreibung eines noch so originellen Apparates in einem Preiscourant zu schützen. — Ebensowenig kann das Gedicht zu Reclamezwecken gegen ähn-

Fall die Unterweisungen sich nicht auf die Liqueurbereitung im Allgemeinen erstreckten, sondern bloss das Operiren mit den Essenzen des betreffenden Producenten zum Gegenstand hatten, so scheint mir der belehrende Zweck lediglich in den Grenzen des gewerblichen Betriebs zu bleiben. Richtig ist allerdings, dass die industrielle Reclame auch Schriften von wirklich belehrendem Charakter in ihren Dienst stellen kann, und wenn dies der Fall ist, steht auch der Anerkennung eines Autorrechts nichts im Wege. So kann die Entscheidung bei Heydemann und Dambach, preuss. Nachdrucksgesetzgebung 103 f., wonach eine lehrhafte Annonce über den Asphalt-Dachfilz schutzfähig ist, richtig sein, wenn wirklich eine allgemeine Belehrung über den Nutzen solcher Deckungen gegeben war; ebenso z. B. bei den dem Prospect medicinischer Seifen beigegebenen Abhandlungen über Dermatologie u. s. w. In beiden Fällen ist allgemeine Aufklärung und Belehrung der primäre Zweck; dass der secundäre Zweck mitunterläuft, der Erste zu sein, der von dieser Belehrung geschäftlichen Nutzen zieht, verschlägt so wenig, als wenn ein Schriftsteller um Geld schreibt.

Man hat regelmässig die Schutzlosigkeit gewerblicher Ankündigungen u. s. w. auf den Gesichtspunkt zurückgeführt, dass es hier an originaler geistiger Production fehlt und einfache Thatsachenmittheilung vorliegt. Das trifft in vielen Fällen zu, aber nicht immer. Es wurde schon oben bemerkt, dass bei der Mittheilung von Thatsachen eine individuelle Verknüpfung von Vorstellungsreihen concurriren kann, und dass unter dieser Voraussetzung ein Schriftwerk gegeben ist [1].

---

liche Verwendung geschützt werden. Ich wüsste nicht, mit welchem Recht man sonst den Sinnsprüchen auf einem Trinkgeschirr den Autorschutz versagen sollte. Auch wenn eine Sammlung solcher Gedichte als literarisches Werk erscheint und als solches nachgedruckt wird, kann sie höchstens unter dem Gesichtspunkt der Sammlung geschützt werden. Insofern materiell richtig R.G. E. in Strafs. 12, 160.

[1]) Oben S. 126 Anm. 1.

Dies kann aber auch bei gewerblichen Ankündigungen vorliegen; bei dem Preiscourant einer Maschinenfabrik, eines Verlagsgeschäfts oder eines Antiquariats können eingehende Beschreibungen der angebotenen Waaren gegeben sein, welche die individuelle Vorstellungsverknüpfung und die thatsächliche Mittheilung in ganz demselben Verhältniss verbunden aufweisen, wie es etwa bei einem Lehrbuch der Naturgeschichte oder einer trockenen Reisebeschreibung der Fall ist. Auch die ordnende und redigirende Thätigkeit wird hier oft keine geringere sein, als die in einem Eisenbahncursbuch, einer Tariftabelle u. dgl. Wenn trotzdem zwar dieses, nicht aber die rein gewerbliche Mittheilung geschützt wird, so ist es eben nur der differente Zweck, der diese Unterscheidung vollkommen begründet. Das Cursbuch, und wäre es auch von der Bahnverwaltung selbst herausgegeben, dient nicht der Steigerung des Betriebs, sondern der Orientirung des Publicums; es hat seinen Zweck in sich selbst.

III. Einer besonderen Behandlung bedarf die Frage, inwiefern der Brief eines Urheberschutzes fähig ist.

Es soll dieselbe zunächst auf Grund der allgemeinen, dem Autorrecht zu Grunde liegenden Begriffe erörtert und die specielle Behandlung, welche sie im österreichischen Urhebergesetz gefunden hat, danach einer Darstellung unterzogen werden.

Solange der Brief nur Mittheilung von Thatsachen enthält oder bloss dem Ausdruck der Beziehungen zwischen Briefschreiber und Empfänger gewidmet ist, entbehrt er unstreitig jeder autorrechtlichen Qualität. Andererseits kann auch der einfache Brief sich zur selbständigen Erörterung wissenschaftlicher oder ästhetischer Probleme, zur künstlerischen Darstellung des Erlebten, Gesehenen und Empfundenen, also zur bestimmten Formung eines individuellen Gedankeninhalts erheben, und wenn das der Fall ist, darf man das Urheberrecht nicht deshalb von ihm ausgeschlossen halten, weil diese

Darstellung und Erörterung zunächst zur Mittheilung an eine einzelne Person bestimmt ist. Dass ein an sich autorrechtliches Erzeugniss mit Datum und Anrede überschrieben, allenfalls auch von nichtssagenden und alltäglichen Mittheilungen begleitet ist, kann juristisch keine Bedeutung haben; oder wollte man ein Autorrecht leugnen, wenn in einem Brief Musikstücke eingelegt sind oder der ganze Context auf Noten geschrieben ist, wie es in Briefen von Mendelssohn und Weber vorkommt? Die Briefform ist eben etwas ganz nebensächliches, wie sie in ihrer vagen Allgemeinheit auch geeignet ist, jeden beliebigen Inhalt, z. B. eine Geschäftsurkunde (Epistola) in sich aufzunehmen. Auch lässt sich nicht einwenden, dass es hier zumeist an der Absicht, ein Geisteswerk zu erzeugen, fehle; denn eine positive Absicht dieser Art ist, wie schon oben [1]) bemerkt, überhaupt keine Voraussetzung autorrechtlicher Production. Es bleibt somit nur die oft allerdings beträchtliche praktische Schwierigkeit, die Grenze zwischen thatsächlicher Mittheilung und selbständiger Gedankenbildung zu ziehen, da Briefsteller, deren Stil sich durch Geistesflug auszeichnet, oft auch die erstere in eine marktfähige Form zu bringen wissen; indessen ist diese Schwierigkeit hier nicht grösser, sondern höchstens häufiger als andernorts.

Natürlich muss auch der nichtliterarische Brief gegen Missbrauch geschützt sein. Die Veröffentlichung auch eines solchen kann eine schwere Indiscretion oder Schädigung wissenschaftlicher oder geschäftlicher Interessen bedeuten, und es ist darum längst anerkannt, dass auch hier ein Individualschutz angebracht ist. Nur dass dieser eben ein arbiträrer ist und durch die Sachlage, insbesondere die eigenen Individualansprüche des Briefeigenthümers, ausgeschlossen sein kann, während das Autorrecht mit absoluter Bestimmtheit jeder pecuniären Verwerthung der literarisch-qualificirten Briefe entgegensteht.

---

[1]) S. 130.

Ein specieller Fall ist nun der, wenn eine Mehrheit von Briefen, also eine Briefsammlung, publicirt wird. Man muss hier unterscheiden den Schutz des Briefstellers gegen unbefugte Sammlung und das Recht der bestehenden Sammlung gegenüber Dritten.

a) Aus den obigen Bemerkungen folgt schon, dass der Urheber der Briefe gegen deren Verwerthung in einer Sammlung offenbar ebenso geschützt werden muss, wie gegen die Einzelverbreitung. Also jedenfalls [1]) individualrechtlich, nach Beschaffenheit des Briefs jedoch möglicherweise auch vom Standpunkt des Autorrechts, was insbesondere durch die Möglichkeit der Strafverfolgung und Beschlagnahme sich vortheilhaft erweist.

b) Der Sammler (sei es der Urheber selbst oder ein Dritter) gegenüber Dritten kann zunächst insofern ein Autorrecht haben, als seine ordnende und redigirende Thätigkeit nach allgemeinen Grundsätzen ein solches zu begründen vermag. Fehlt es an einer solchen — sind z. B. nur die Briefe an eine bestimmte Person in chronologischer Reihenfolge herausgegeben —, so ist an sich die Sammlung nicht geschützt.

In beiden Beziehungen (a und b) kann man nun nicht verkennen, dass ein praktisches Bedürfniss nach einer allgemeineren Fürsorge für die Briefsammlungen besteht. In der Beziehung a) ist dasselbe vorhanden, weil gegen eine Sammlung nicht literarischer Briefe nicht der Schutz der Beschlagnahme und die Strafe des Nachdrucks gegeben ist; und dasselbe gilt für diese Briefe in der Beziehung b), wenn nicht die redigirende Thätigkeit ein Anderes begründet. Nun lässt sich

---

[1]) Ich sage »jedenfalls«; denn wenn auch die Veröffentlichung einzelner Briefe nicht nothwendig eine Verletzung des Individualrechts bedeutet, sondern durch die Umstände gerechtfertigt sein kann, kann es niemals erlaubt sein, Andere durch eine Sammlung ihrer Briefe ohne ihren Willen zu einem allgemeinen Betrachtungsobject zu machen.

aber doch nicht leugnen, dass Briefsammlungen ein Gegenstand des literarischen Marktes sind; wenn auch nicht immer als selbständige Geisteswerke, so doch Kraft des Interesses, das die Person des Urhebers ihnen einhaucht. Der individualrechtliche Schutz genügt aber dort nicht mehr, wo das Schriftstück ein weit mehr als individuelles Interesse besitzt. Zu demselben Resultat gelangt man auch von der rein vermögensrechtlichen Betrachtung aus; es ist durchaus billig, dass derjenige, der Schriftstücke von pecuniärem Werth besitzt oder verbreitet, hierin geschützt werde. Das Urheberrecht biegt an diesem Punkte gewissermassen zu seinem historischen Ausgangspunkt, dem Schutz gegen Nachdruck, zurück [1]).

Das österreichische Gesetz hat denn auch im Punkt der Briefsammlungen einen praktisch durchaus richtigen Standpunkt eingenommen, indem es einerseits (§. 24 lit. 2) den Briefsteller gegen die unbefugte Veröffentlichung seiner gesammelten Briefe, sowie (§. 4 lit. 1) den (rechtmässigen) Veranstalter einer Briefsammlung gegen Eingriffe quasi-urheberrechtlich schützt. Dagegen fehlt jede Bestimmung über den Brief als solchen. Nach dem Motivenbericht des H.H. ist klar, dass diese Omission keine unabsichtliche ist. »Zweifelsohne,« heisst es daselbst, »kann ein Urheber zur Herstellung eines Werkes der Literatur sich der Briefform bedienen (Romane in Briefen u. s. w.), in welchem Falle für die rechtliche Behandlung des Werkes diese Form gleichgiltig ist. Andererseits ist sicher, dass in nicht literarischer Absicht verfasste Briefe, als einzelne Schriftstücke genommen, nicht unter den Urheberschutz gestellt werden können ohne schweren Eingriff in persönliche, politische, wissenschaftliche oder geschäftliche Interessen. Einzig wo eine Publication einer Mehrheit von Briefen . . . vorliegt, erscheint ein solcher Schutz vom Standpunkt des Urheberrechts möglich . . .« Die Motive erkennen also den

---

[1]) S. oben S. 125 Anm. 1.

einzelnen Brief auch dann, wenn er vermöge seines originalen geistigen Inhalts ein literarisches Werk darstellt, nicht als Urheberrechtsobject an; denn die anscheinend allenfalls hieher gehörige Bemerkung, »dass man sich zur Herstellung eines Werkes der Literatur der Briefform bedienen kann«, zielt, wie zum Ueberfluss noch das angeführte Beispiel (Romane in Briefen) zeigt, auf die fingirten Briefe [1]) (Goethe's Werther) hin. Nun scheint mir aber nach dem früher Gesagten sicher, dass der literarisch qualificirte Brief als Gegenstand des Urheberrechts hätte anerkannt werden müssen, wie das auch in Deutschland immer mehr geschieht. Die Lösung der Brieffrage in unserem Gesetz ist daher nicht bloss, wie die Motive sich ausdrücken, eine äusserliche, sondern eine falsche. Allenfalls könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht, da die Werke der Literatur in §. 4 lit. 1 nicht taxativ aufgezählt sind, der einzelne Brief neben die Briefsammlung hineininterpretirt werden könnte, und ich bezweifle nicht, dass eine schöpferisch freie Auslegung sich hiezu aufschwingen könnte; ob aber auf eine solche zu rechnen ist, lasse ich billig dahingestellt [2]).

IV. Als Geisteswerk ist auch die Uebersetzung [3]) zu betrachten. Darüber verfügt §. 23 al. 4: »An rechtmässigen Uebersetzungen besteht das Urheberrecht wie an Originalwerken.« Hier wie auch im correspondirenden Fall der Nachbildung eines Kunstwerks (§. 37 al. 2) ist die Berechtigung

[1]) Auch die »offenen Briefe« sind gewiss mitzuverstehen.

[2]) Vielleicht wird die Praxis dazu leichter den Muth finden, wenn man daran erinnert, dass nach richtiger Ansicht schon nach dem Patent von 1846 Briefe autorrechtlich zu schützen waren, wie die Motive zu §. 5 des Entw. von 1843 zeigen: »Die Textirung, dass ohne Genehmigung des Autors sein wie immer geartetes Manuscript nicht abgedruckt werden darf, fasst in Verbindung mit dem Schlusssatz ad b zugleich das Verbot der in neuerer Zeit leider häufig gewordenen eigenmächtigen und einseitigen Veröffentlichung von Briefen in sich.« (Schuster a. a. O. 64.)

[3]) Nämlich die in eine andere Sprache. Uebertragung aus einer Mundart in die Schriftsprache ist keine Uebersetzung.

an die Rechtmässigkeit der Nachschöpfung geknüpft. Es scheint dies auf den ersten Blick selbstverständlich, da Derjenige, der unrechtmässig übersetzt oder nachbildet, ein nicht marktfähiges, weil confiscables Werk erzeugt; weil ferner jeder Eingriff in sein Urheberrecht gleichzeitig einen Eingriff in jenes am Original bedeuten würde, und daher nicht dem Plagiator gegen den Subplagiator ein Recht zustehen kann, sondern beide gleichmässig vom Urheber des Originals verfolgt werden können [1]). Indessen ist doch nicht zu übersehen, dass einerseits das Autorrecht am Original nachträglich erlöschen kann, und dass selbst während seines Bestandes wenigstens in einer Richtung an ein Autorrecht unrechtmässiger Uebersetzungen gedacht werden kann, an die man freilich am allerletzten zu denken pflegt: Soll es dem Verfasser des Originalwerkes freistehen, die mit Beschlag belegte Uebersetzung sich anzueignen und auf eigene Rechnung zu vertreiben? Oder kann nicht gerade hier der Uebersetzer sich darauf berufen, dass er doch eine selbständige Arbeit geleistet hat, welche der Verletzte zwar verfolgen aber nicht seinerseits sich zu Nutze machen darf? Sehr richtig hat man [2]) auch wiederholt darauf hingewiesen, dass an sich keine Uebersetzung und Nachbildung unrechtmässig ist, da das Recht, zum eigenen Gebrauch solche Nach- und Umschöpfungen vorzunehmen, Jedermann freistehen muss; unrechtmässig ist nur die Veröffentlichung oder Vervielfältigung derselben. Mit dieser Erwägung schwindet auch die letzte Rechtfertigung, welche man dem fraglichen Attractionsrecht des Ersturhebers geben könnte, dass nämlich »qui mea

[1]) Ganz zulänglich ist übrigens diese Argumentation (abgesehen von der im Text folgenden Einwendung) schon deshalb nicht, weil sie nur den Mangel des Schutzes gegen Verbreitung begründet, nicht aber auch gegen Veröffentlichung. — Vgl. übrigens noch den Beschluss der deutschen Reichstagscommission zu §. 6 des I. Entwurfs bei Schuster p. 72. a. 1.

[2]) Schuster a. O. p. 55. a. 1 (allerdings mit Beziehung auf die andere Frage, ob Werke unerlaubten Inhalts schutzberechtigt sind); Kohler, Liter.-artist. Kunstwerk 183 f.



negotia gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa« (D 3, 5, 5, 5) sich die Aneignung seiner Geschäftsführung durch den wahren Dominus gefallen lassen muss; dieser ethisch vollkommen gerechtfertigte Satz reicht nur soweit, dass der Beschädigte die Einnahmen, welche aus der bisherigen Verwerthung geflossen sind, für sich reclamiren darf. Denn nur die wirklich stattgehabte Verwerthung war ein Eingriff, nicht die Herstellung der verwerthungsfähigen Arbeit. — Es lässt sich übrigens trotz dem ungenügenden Ausdruck des Gesetzes wohl auch für unser Recht, ähnlich wie für das deutsche Kunstwerkgesetz §. 7, wo derselbe Fehler sich findet, das richtige Resultat dadurch gewinnen, dass man die Voraussetzung der »Rechtmässigkeit« restrictiv interpretirt als aufgestellt nur für die Zeit, wo das Original noch in einem Autorrecht steht, die Nachschöpfung also noch unrechtmässig sein kann; und auch nur für die Geltendmachung des vollen Urheberrechts gegen dritte Personen. Es ist gewiss nicht zu frei vorgegangen, wenn man die entgegengesetzten Fälle, die das Gesetz offenbar nicht bedacht hat, von dieser Bestimmung eximirt und nach allgemeinen Grundsätzen des Autorrechtes behandelt [1]).

Mehr noch; man wird in den Ausdruck des Gesetzes »an rechtmässigen Uebersetzungen besteht das Urheberrecht wie an Originalwerken« selbst das hineinlegen dürfen, dass bei unrechtmässigen auch gegenüber Dritten nur das volle Urheberrecht, insbesondere das mit dem Recht am Original in Widerspruch tretende Recht der Vervielfältigung und des Vertriebs wegfällt, während das ausschliessliche Recht der Veröffentlichung, bei dem ein solcher Widerspruch nicht vorhanden ist, immerhin anerkannt werden kann. —

---

[1]) Demgemäss darf also die rechtswidrige Uebersetzung vom Urheber des Originals nicht vervielfältigt oder vertrieben werden; ebensowenig steht es ihm zu, sie (bei dramatischen Werken) zur Aufführung zu bringen. Für letzteres richtig auch Scheele S. 136.

Uebrigens ist die Verfügung des Gesetzes, dass das Urheberrecht an Uebersetzungen besteht »wie an Originalwerken« nur mit Einschränkung aufzufassen. Die Uebersetzung ist eben abgeleiteter Natur und entbehrt in vielen Fällen eines selbständigen geistigen Inhalts, d. h. eigenthümlicher vom Verfasser herrührender Vorstellungsreihen; nur die sog. äussere, nicht die innere Form ist Eigenthum des Uebersetzers. Daraus folgt dann, dass zwar der Nachdruck in derselben Sprache verboten ist, nicht jedoch die Anfertigung einer zweiten Uebersetzung auf Grund des Originals [1]) und ebensowenig die Uebersetzung der Uebersetzung in eine dritte Sprache [2]), z. B. durch eine Person, welche der Sprache des Originals nicht kundig ist. — Eine zweite gebotene Restriction der Bestimmung, dass an der Uebersetzung Urheberrecht besteht wie an Originalwerken, ist folgende. Da der Uebersetzer Urheberrecht nur an dem hat, was von ihm selbst herrührt, so darf er über seine Arbeit keine Verfügung treffen, welche in das Autorrecht am Original eingreift, soweit nicht eine gesetzliche oder vertragsmässige Gestattung reicht. Ist daher die Herausgabe einer Uebersetzung eines Dramas vertragsmässig erlaubt worden, so darf diese deswegen nicht auch schon aufgeführt werden, es wäre denn dies mit erlaubt worden. Nur dann wenn das Original gänzlich übersetzungsfrei ist oder geworden ist (§§. 28, 47), ist auch die Aufführung dem Uebersetzer ohne Weiteres gestattet; denn das Original besitzt dann in der fraglichen Sprache überhaupt kein Autorrecht mehr.

Es gibt endlich Ausnahmsfälle, wo die Uebersetzung sich

---

[1]) Ausgenommen natürlich, wenn dem Uebersetzer ein ausschliessliches Uebersetzungsrecht eingeräumt war, wo es aber eben das übertragene Recht vom Original ist, nicht das originäre Recht an der ersten Uebersetzung, welches die zweite ausschliesst.

[2]) Vorausgesetzt, dass nicht das Recht am Original durch eine solche Erweiterung seiner Zugänglichkeit verletzt wird. — Die Behauptung des Textes ist unrichtigerweise bestritten von Wächter, lit. Autorr. 214, richtig Kohler, Kunstwerk 24.

nicht auf Wiedergabe fremder Gedanken in anderer Sprache beschränkt, sondern geradezu eine eigene Geistesschöpfung, wenn auch Nachschöpfung ist. So die freie Uebersetzung, die in Wahrheit eine Nachschöpfung oder Nachdichtung ist. An solchen ist auch die Weiterübersetzung nicht zu gestatten.

b) Bühnenwerke.

Eine besondere Kategorie bilden die Bühnenwerke (§. 4 al. 2). Diese sind theils Werke der Literatur (dramatische Werke), theils gehören sie sowohl dem literarischen als dem tonkünstlerischen Gebiet an (dramatisch-musikalische), theils sind sie sog. choreographische Werke, bei welchen die Handlung sich nur durch Mimik, meistens unterstützt durch die Musik, entwickelt (Ballet, Pantomime).

Das Oratorium, die Cantate oder Passionsmusik darf nicht zu den Bühnenwerken gezählt werden, weil hier eine eigentlich dramatische Action fehlt. Man müsste sonst jeden Wechselgesang hieherstellen.

Musikeinlagen zu einem Drama sind nicht als dramatisch-musikalische Werke zu betrachten; wogegen es allerdings zum Begriff des Dramatisch-Musikalischen nicht erforderlich ist, dass die Musik die ganze Handlung erfülle. Vielmehr kommt Alles darauf an, ob dieselbe als ein wesentliches Ausdrucksmittel des Vorgangs gedacht ist, oder bloss in gegebenem Moment die Stimmung zu beeinflussen trachtet. Damit Ersteres der Fall sei, wird in der Regel schon die Dichtung auf die Mitwirkung der Musik angelegt sein müssen [1].

---

[1] Also ist Beethoven's Musik zu Egmont, Schumann's zu Faust, Manfred, Mendelssohn's zu Antigone oder dem Sommernachtstraum nicht dramatisch-musikalisch; denn sie geben mehr Stimmungsbilder als Action. Vgl. noch Dambach 239, Klostermann, Urheberr. 67, Kohler, Autorrecht 365 f. (theilweise abweichend), Schuster 228 f., Scheele 132.

c) Werke der Tonkunst.

Es lässt sich von den Tonwerken schwer eine Definition aufstellen, welche das zu Definirende nicht in sich aufnimmt; die Tonempfindung und was darauf gebaut ist ist gegenüber der Sprache incommensurabel. Daher sind die gangbaren Begriffsbestimmungen, welche etwa dahin gehen, dass ein eigenthümlicher musikalischer Ideengehalt ausgedrückt sein oder ein Geisteswerk in Tonform vorliegen müsse, keineswegs correct. Indessen lässt sich das Wesentliche ziemlich gut verdeutlichen, indem man sagt, dass ein Tonwerk ein solches ist, welches durch die eigenthümlichen tonalen und rhythmischen Verhältnisse des Tonsatzes hergestellt wird.

Die tonalen Verhältnisse sind der natürliche Inhalt des Tonsatzes. Aber da jede Tonfolge auch eine Zeitfolge bedeutet, lässt sich ein concretes Tonwerk nicht denken, ohne dass auch der bestimmte Rhythmus mitgegeben wäre.

Da nun ein Urheberrecht nur an einem Werk der Töne bestehen kann, so folgt von selbst, dass beide genannte Elemente nur in ihrer Vereinigung Gegenstand des Urheberrechts sein können. Daher besteht kein Urheberrecht an der Accordfolge als solcher [1]), mag sie noch so original sein, noch auch an dem abstracten unausgefüllten Rhythmus. Beide sind eben an sich bloss abstracte Schemen, in welchen erst durch Hinzu-

---

[1]) Obwohl gewisse Accordverbindungen von bestimmten Musikern in ganz origineller Weise gebraucht, ja sozusagen erfunden worden sind. Es kommt dabei auch noch in Betracht, dass der Accord und die Accordfolge als solche musikalisch noch keine bestimmte Bedeutung hat, sondern dieselbe erst durch den Zusammenhang des Ganzen erhält. — Nach dem Gesichtspunkt des Textes ist auch die gangbare Behauptung zu würdigen, dass kein Autorrecht an gewissen Tonfolgen, wie die Scala und der zerlegte Dreiklang, bestehen kann, »weil dieselbe nicht original seien«. Nicht die mangelnde Originalität ist es, die diesen Satz rechtfertigt, sondern der Umstand, dass diese Tonverbindungen an sich einen bestimmten Rhythmus nicht haben. Wo dies der Fall ist — man denke z. B. an das Vorspiel zum Rheingold — kann thatsächlich ein Autorrecht gegeben sein.

tritt des anderen Elements eine concrete musikalische Schöpfung entsteht. Ebensowenig kann denn auch an den einzelnen technischen Kunstgriffen der Instrumentation, Harmonisirung u. s. f. als solchen ein Urheberrecht bestehen, oder an der Einführung neuer Klangmittel; das Urheberrecht erstreckt sich wiederum nicht auf die einzelnen Ausdrucksmittel der geistigen Bewegung, sondern auf die ausgedrückte Tonempfindung selbst. Daher ist die Berlioz'sche oder Wagner'sche Instrumentirungsmethode ebensowohl Gemeingut wie z. B. die Technik bildender Künstler, das ins Braune abgetönte Grün Makart's, der Pleinairismus u. s. w.

Die Anforderung, welche bei literarischen Werken aufzustellen war, dass es sich um einen individuellen Gedankeninhalt handeln müsse, kann bei Tonwerken in dieser Form nicht erhoben werden. Während nämlich die Sprache nicht bloss die subjective Geistesthätigkeit zum Ausdruck bringt, sondern auch Reflex des objectiven Eindrucks sein kann, ist die Musik immer blosse Ausdrucksform des subjectiven Empfindens und daher schon ihrem Wesen nach individuell. Es kann sich daher hier nicht sowohl um Individualität, als um Originalität des tonkünstlerischen Ausdrucks handeln. Indessen ist auch dieses Erforderniss nicht im künstlerischen, sondern nur im rechtlichen Sinn, d. h. dahin zu verstehen, dass das Tonwerk nicht im Wesentlichen blosse Wiedergabe einer fremden Tonschöpfung sein darf; Originalität in dem höhern Sinn einer überraschenden ungeahnten musikalischen Offenbarung wäre weder ein praktisch brauchbares noch auch, da selbst weniger originale Werke doch auf persönlicher Geistesthat beruhen, ein der Gerechtigkeit entsprechendes Kriterium. Infolge dessen können selbst die banalsten Motive, sofern sie nur nicht geradezu entlehnt sind, autorrechtlich geschützt werden. Auch ist zu bemerken, dass ein Tonsatz nicht sofort deswegen den Charakter der Originalität verliert, weil er in einzelnen Stellen Anklänge an ältere Werke aufweist; da diese künstlerisch nicht als herausgerissene

Theile aus dem Zusammenhang des Ganzen betrachtet werden dürfen, sondern in ihrem Character durch das Vorhergehende und Nachfolgende bestimmt werden, so kann hier die Originalität der Composition noch immer vorhanden sein. Freilich ist dies nicht nothwendig der Fall, und kann ein zu weitgehender Anschluss an fremde Gedanken hier wie überall die künstlerische Selbständigkeit und rechtliche Erlaubtheit ausschliessen.

Nach dem Gesagten ist die streitige Frage nach der urheberrechtlichen Qualification der Signale einfach zu erledigen. Man darf ihnen dieselbe nicht deswegen absprechen, weil sie auf ziemlich einfachen Tonverbindungen beruhen, sondern nur dann und insofern, als sie wegen ihrer Einfachheit bestimmter tonaler und rhythmischer Verhältnisse entbehren, wie z. B. das Feuerwehrsignal g-c, welches keinen Rhythmus hat. Wo beides, bestimmte Tonalität und Rhythmisirung, gegeben ist, steht nichts entgegen, auch das Signal als Autorwerk zu erklären [1]; bei Sammlungen von Signalen z. B. würde die entgegengesetzte Ansicht zu einer aufliegenden Unbilligkeit führen. — Dass um so mehr das einfache, selbst nicht durchgeführte und nicht harmonisirte Thema, sowie die Melodie als solche Autorrechtsobject ist, ist selbstverständlich.

Urheberrecht entsteht aber auch durch die Be- und Verarbeitung fremder Musikwerke, dafern dieselbe nur in selbständiger Weise erfolgt. Es muss dabei vorausgeschickt werden, dass die Frage, ob die Bearbeitung fremder Compositionen ein Autorrecht erzeugt, natürlich durchaus nicht zusammenfällt mit der anderen, ob sie ohne Einwilligung des Originalautors gestattet ist; d. h. es kann die rechtmässige Bearbeitung eines fremden Werkes von der Gestattung seines Verfassers abhängig sein und doch, wenn sie erfolgt ist, den Gegenstand einer selbständigen Urheberberechtigung bilden. Ja selbst die unrechtmässige Be-

[1]) Vorausgesetzt, dass dasselbe nicht der Originalität (im rechtlichen Sinn) entbehrt, die bei ganz primitiven Signalen meist schon deswegen fehlen wird, weil gewisse einfache Tonverbindungen Gemeinplätze sind.

arbeitung entbehrt nicht jedes Autorschutzes, wiewohl derselbe hier praktisch nur von geringer Bedeutung ist; es wiederholt sich dabei Alles, was über die relative Schutzfähigkeit unrechtmässiger Uebersetzungen oben gesagt worden ist. — Eine selbständige Bearbeitung liegt nun zunächst in der Veränderung eines gegebenen Tonsatzes durch Anpassung an andere Klangmittel (z. B. Orchestrirung, Clavierauszug) oder auch innerhalb desselben Klangmittels durch Verstärkung oder Reduction der Stimmführung, Vervollkommnung der Harmonisirung u. s. f., kurz in allen den Dingen, die man unter dem weiten Begriff des Arrangements zusammenzufassen pflegt. Ferner in der Ergänzung unvollendeter Compositionen, mag dieselbe nun eine extensive, d. h. Dazucomponiren gänzlich fehlender Theile oder eine intensive, z. B. Harmonisirung einer blossen Tonskizze sein; nur ist in letzterem Fall vorauszusetzen, dass die Ergänzung nicht schon durch die rhythmischen und tonalen Verhältnisse des Entwurfs mit unbedingter Sicherheit vorgezeichnet sein darf. Transscription in eine andere Tonart dagegen ist keine selbständige Bearbeitung, wobei jedoch etwa die in der Regel durch die Verhältnisse des Originals nicht genau vorbestimmte und nur uneigentlich so genannte Transscription aus Dur in Moll ausgenommen werden kann.

Auch die Sammlung fremder Tonwerke kann in sofern geschützt werden, als sie eine selbständig ordnende Thätigkeit nach bestimmten Gesichtspunkten enthält. Zwischen den Sammlungen und Bearbeitungen gewissermassen in der Mitte steht das Potpourri; dasselbe kann keinesfalls als Sammlung im eigentlichen Sinn gelten, weil der für die autorrechtliche Qualität einer solchen entscheidende [1]) musikwissenschaftliche oder belehrende Gesichtspunkt fehlt, aber auch als Bearbeitung nur

[1]) Auch die gewöhnliche musikalische »Anthologie« zu Zwecken der Dilettanten geniesst Urheberschutz in der Regel nur, weil mit ihr gleichzeitig eine Simplification des Originalsatzes verbunden ist, nicht wegen der redigirenden Thätigkeit, die hier meist gleich Null ist.

in sofern, als es eine »Transscription« im musikalischen Sinn enthält. Was dem Potpourri als solchen seinen autorrechtlichen Character gibt, ist daher nur die dabei meist vorkommende Aufwendung eigener — freilich oft recht untergeordneter — Compositionskunst durch Herstellung von Uebergängen, verbindenden Phrasen, Cadenzen u. s. f., und nur auf diese bezieht sich auch der Autorschutz.

Dagegen entsteht aus der blossen Interpretation fremder Tonwerke kein musikalisches Urheberrecht. Eine derartige Interpretation (Ausgaben mit Erklärungen, Anweisungen zur Ausführung, z. B. Fingersatz und Bogenführung, Pedal und Sordino, Dynamik, Tempi u. s. f.) kann nur als literarisches Werk geschützt werden. Denn vom musikalischen Standpunkt aus will der Interpret nichts Neues geben, sondern nur die Schöpfung des Tondichters klar erkannt wissen; vom literarischen Gesichtspunkt aus liegt in seinen diesbezüglichen Vorschriften, auch wenn sie sich nur in conventionellen Schlagworten oder musikalischen Zeichen bewegen, eine Anzahl von (abgekürzten) Rathschlägen, welche, wenn sie auch aus dem musikalischen Empfinden hervorgegangen sind und auf dieses zurückzuwirken suchen, doch gegenwärtig sprachlicher Natur sind, wie sie denn auch als verkürzter geschriebener Commentar aufgefasst werden können. Der bloss literarische, nicht musikalische Character dieses Urheberrechts äussert sich namentlich darin, dass nicht bloss die Aufführung eines Tonwerks nach den Angaben des Interpreten zweifellos zulässig ist, sondern es auch erlaubt sein muss, die durch den blossen musikalischen Vortrag gegebene Interpretation im Druck festzuhalten [1]).

---

[1]) Läge in der Interpretation eine musikalische Autorschaft, so dürfte Liszt's oder Bülow's gespielte Interpretation der Beethoven'schen Sonaten nicht im Drucke wiedergegeben werden. Dies behauptet in der That Schuster a. O. 75; gewiss zu weitgehend.

d) Werke der bildenden Künste.

Die bildende Kunst schafft Formen, welche durch den Gesichtssinn auf die Vorstellung des Beschauers einwirken sollen. Sie bewegt sich dabei entweder in der Fläche, als Malerei, Zeichnung oder graphische Kunst oder im Raum als Bildhauerei, Graveur- und Medailleurkunst und als Architektur.

Des Näheren ist der Begriff des Kunstwerkes hier folgendermassen zu umgrenzen:

a) Im Wesen der Kunst, als einer Emanation des Geistes, liegt es, dass sie sich erheben muss über eine blosse gefällige Anordnung der physischen Natur und der Gestalten, welche diese fertig geschaffen hat. Das Kunstwerk ist Schöpfung der Form aus dem formlosen Rohstoff, nicht blosse Anordnung der bereits fertig vorliegenden Gestalten zu einem neuen Bilde. Darum sind keine Werke der bildenden Kunst die »lebenden Bilder«, ebensowenig Zusammenstellungen fertiger oder ergänzter Statuen zu einer Gruppe (Restitutionen der Aeginetengruppe u. dgl.); ebensowenig endlich die künstlerische Gestaltung von Parkanlagen, Teppichgärtnerei u. dgl. Dagegen muss das Mosaik-, und kann ebenso ein aus getrockneten Blumen u. s. w. hergestelltes Bild — die sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt — als Kunstwerk erscheinen, weil hier die natürlichen Formen des Stoffes gänzlich in den Hintergrund treten.

b) Erforderlich ist aber auch die Subjectivität der künstlerischen Leistung.

Allerdings ist diese in der Regel bei Bildwerken nothwendig ebenso von selbst gegeben, wie bei Tonwerken, und scheint die Möglichkeit einer blossen Constatirung des Objectiven, wie sie bei sprachlichen Aeusserungen vorkommt, auch hier zu fehlen. Denn selbst die Nachbildung der Natur, die Actzeichnung, das Porträt und die Landschaftsvedute bezwecken doch nicht, einfache Abklatsche ihres Objects zu

sein, sondern sind getragen von dem Bewusstsein, dass die Natur durch das Medium des Geistes hindurch zu ihrem Ebenbild gelangt.

Es kann jedoch vorkommen, dass dieser im natürlichen Sinn immer vorhandene subjective Schöpfungs- oder Nachschöpfungsprocess künstlich verleugnet wird. Das ist der Fall bei Figuren, welche darauf berechnet sind, den Eindruck der unmittelbaren lebendigen Wirklichkeit zu erzeugen, wie die Wachsfiguren eines Panopticums. Werke, welche in dieser Weise auf alle Subjectivität und damit auf alle selbstschaffende und individualisirende Thätigkeit verzichten oder — da ein wahrer Verzicht gar nicht denkbar ist — zu verzichten vorgeben, können nicht als Kunstwerke betrachtet werden [1]).

c) Das Erforderniss wirklichen Kunstwerths kann hier so wenig aufgestellt werden wie das analoge Erforderniss originaler Bedeutung bei literarischen und Tonwerken. Es muss genügen, dass eine subjective bildende Thätigkeit vorliegt. Dagegen muss das unbedingt verlangt werden, dass diese Thätigkeit eine Aeusserung des ästhetischen Empfindens sei, d. h., dass die Wiedergabe des inneren Bildes Selbstzweck sein muss; nur unter dieser Voraussetzung liegt eine künstlerische Leistung vor. Eine solche wird daher ausgeschlossen dadurch, dass der Zweck der Darstellung ein anderer ist, als die Befriedigung des ästhetischen Sinnes [2]), sei er nun ein wissenschaftlicher, belehrender oder praktisch-individueller, letzteres namentlich bei bildlicher Verzierung von gewerblichen Gegenständen.

Im ersteren Fall kann die bildliche Darstellung nur als

---

[1]) Vgl. Kohler, Kunstwerk 66 f. — Dass die bemalten Statuen hiemit nicht zu verwechseln sind, bei welchen der Eindruck der gemeinen Wirklichkeit durchaus vermieden ist, braucht wohl nicht bemerkt zu werden.

[2]) Z. B. bei Soldatenbildern für Kinder u. dgl. — Abbildungen alltäglicher Gegenstände in Lehrbüchern sind nicht Werke der Kunst, aus obigem Grund; aber auch nicht literarische Zeichnungen, weil die für literarische Werke stets erforderliche originale Production fehlt.

literarisches (Hilfs-)Werk, im letzteren als Gebrauchsmuster geschützt werden.

Nur ist zu bemerken, dass der ästhetische Zweck der Darstellung dadurch nicht ohne Weiteres ausgeschlossen wird, dass sich mit ihr praktische Zwecke nebenher verbinden. Darum ist z. B. das Plakat- oder Reclamebild nach Umständen als Kunstwerk zu behandeln; hier ist gerade die Absicht darauf gerichtet, durch die ästhetische Wirkung des Bildes den praktischen Erfolg zu erhöhen [1]). Ebenso bei Titelbildern, Initialen u. dgl. Ueberhaupt ist die äusserliche Verbindung eines Bildwerkes mit einem Industrieproduct, dafern ersteres sich nicht bloss als merkantiles Accessorium dem letzteren unterordnet, unschädlich (z. B. künstlerische Bemalung eines Panneaus, Paravents, Lichtschirms; auf Standuhren angebrachte Statuette u. s. f.). Entscheidend ist in solchen Fällen die primäre Zweckbestimmung der Arbeit; je nachdem diese dahin geht, die Idee des Schönen, wenngleich auf einer alltäglichen Unterlage zur Geltung zu bringen, oder bloss dahin, den Gebrauchsgegenstand in künstlerisch verschönter Form darzustellen [2]). Auch ist die Kunstwerksqualität damit verträglich, dass von dem Erzeugniss ein praktischer Gebrauch gemacht werden kann, vorausgesetzt, dass die praktische Verwendbarkeit gegenüber dem Kunstwerth in den Hintergrund tritt (Cellini's Salzfass u. dgl.).

Dass übrigens das Bildwerk der Idee des Schönen diene, ist ein mit Reserve aufzunehmendes Erforderniss. Einerseits ist selbst die erfolglose Bemühung diesem Erforderniss nachzukommen, genügend; andererseits muss es auch hinreichen, wenn jene Idee nur nach dem Gesetz des Contrastes, durch Dar-

[1]) Ist jedoch die Verwendung des Bildes auf dem Plakat thatsächlich erfolgt, so fällt der Schutz gegen weitere Nachbildung auf anderen Plakaten (nicht auch gegen anderweitige Nachbildung) nach §. 5 al. 3 weg; es kann dann nur noch Musterschutz platzgreifen. Vgl. R.G.E. in Strafs. 3 S. 356.

[2]) Ausführlich Kohler, Arch. f. civ. Prax. 87, 9 fg.

stellung des Hässlichen oder Komischen zur Geltung gelangt. Auch würde die Aufstellung dieses Postulats bei Darstellungen nach der Natur, Porträts u. dgl. zu einer bedenklichen Abhängigkeit von dem immerhin zweifelhaften ästhetischen Schönheitsbegriff führen.

d) Der künstlerischen Sphäre gehören auch die Werke der nachbildenden Kunst an. Hieher gehören in erster Linie die graphischen Künste, obwohl sie auch zu selbständigen Schöpfungen sich erheben können, und ausserdem auch jedes andere Kunstverfahren zur Nachbildung dienen kann. Immer aber ist vorausgesetzt ein nicht bloss mechanisches Verfahren (z. B. Abgiessen[1]), Abformen, Galvanoplastik), und überhaupt eine Nachbildung, die nicht innerhalb desselben Kunstverfahrens hergestellt ist, wie das Original, weil nur unter dieser Voraussetzung der Nachbildner eine selbständige, nämlich den Kunstinhalt des Vorbildes an andere Ausdrucksmittel anpassende Thätigkeit vollzieht. Darum ist (§. 37 Al. 2) die blosse Copie, die innerhalb desselben Kunstverfahrens hergestellt ist, kein Object des Urheberschutzes[2]).

Uebrigens knüpft das Gesetz §. 37 Al. 2 auch bei Nachbildungen, ähnlich wie bei Uebersetzungen literarischer Werke, die urheberrechtliche Qualität bloss an die »rechtmässige« Nachbildung. Dass dies ungerechtfertigt, und dass es geboten ist, das Wort »rechtmässig« hier in bloss explicativem Sinn zu verstehen, wurde bereits früher bemerkt (S. 139).

Uebrigens ist auch die in einem anderen Kunstverfahren hergestellte Nachbildung ihrem Inhalt nach nur eines geringeren Schutzes fähig als ein Originalwerk. Aehnlich wie bei der Uebersetzung literarischer Werke ist nämlich auch bei ihr zu bemerken, dass nicht die künstlerische Idee, die Composition

---

[1]) Ueber die Herstellung einer Nachbildung durch eigentlichen Erzguss dagegen vgl. Scheele 198

[2]) Daraus folgt, dass, wenn das Original frei ist, die Nachbildung desselben auch nach Copien erfolgen kann.

Eigenthum des Nachbildners ist, sondern nur die besondere Weise, in welcher er eine fremde Composition mit den Mitteln seiner Kunst wiedergegeben hat. Daraus ergibt sich erstens: dass eine zweite, selbständige Nachbildung nach dem Original im gleichen Kunstverfahren erlaubt ist, es müsste denn der erste Nachbildner ein ausschliessliches Recht der Nachbildung und damit das Verbotsrecht des Originalautors erlangt haben. Zweitens: dass Nachbildungen in einem anderen Kunstverfahren als dem der ersten Nachbildung trotz §. 38 Al. 1 auch dann erlaubt sind, wenn sie von dieser und nicht von dem (vielleicht zu Grunde gegangenen) Original abgenommen werden; die Nachbildung ist also gegen die Schwesterkünste nicht wie das Original geschützt. Denn der Nachbildner hat Autorrecht eben nur an dem, was er erzeugt hat, und das ist nicht das Bild als solches, sondern dessen besondere Ausprägung in einer bestimmten Technik. — Wie ist es aber endlich drittens, wenn nicht nach dem Original, sondern nach der Nachbildung und zwar in ihren eigenen Kunstverfahren eine Nachbildung veranstaltet wird, die ihrer Vorlage nicht die technischen Einzelheiten, sondern nur die in ihr zum Ausdruck gelangende Conception des Originals[1]) entnimmt?

Wächter[2]) hält dies für zulässig, offenbar in der Meinung, dass hier das Eigenthum an der ersten Reproduction, nämlich ihre besondere Ausführung nicht verletzt sei. Man wird jedoch erwägen müssen, dass es für den zweiten Reproducenten psychologisch unmöglich ist, aus der ersten Nachbildung die abstrakte Conception des Originals herauszulesen; er sieht in Wahrheit nicht das Original an sich, sondern nur das Original in der Gestalt, welche die Vorlage ihm gegeben hat, benutzt also doch das fremde Eigenthum, ohne zugleich die Uebertragung in eine neue Kunstform zu vollziehen. Mit der entgegengesetzten Auffassung müsste man consequent zu dem Resultat kommen,

[1]) Ich setze voraus, dass dieses gemeinfrei geworden ist.

[2]) Urheberrecht an Werken der bildenden Künste 61.

dass eine solche secundäre Reproduction in derselben Kunstgattung, wenn sie sich nur die nöthige innere Selbständigkeit bewahrt, auch noch Gegenstand des Autorschutzes sein müsste, sofern nur das Originalwerk gemeinfrei ist. Da diese Consequenz schon durch den Wortlaut des §. 37 lit. 2 ausgeschlossen ist, ist eine Ansicht, die in logischer Fortführung zu einem gesetzwidrigen Resultat führt, zu verwerfen.

Vorausgesetzt ist endlich, dass die Nachbildung dem ästhetischen Zweck dient. Die an Erzeugnissen der Industrie (rechtmässig) angebrachten, also zu praktischen Zwecken dienenden Nachbildungen eines Kunstwerkes sind gegen weitere Nachbildung an solchen Erzeugnissen urheberrechtlich nicht geschützt, sondern können höchstens den Musterschutz in Anspruch nehmen: §. 5 Al. 3. Gestattet ist demgemäss die Vervielfältigung auf anderen Industrieerzeugnissen; ebenso muss aber auch die Herstellung von Modellen, Formen, Druckplatten und anderen Reproductionsmitteln gestattet sein, welche diesem erlaubten Zweck zu dienen bestimmt sind [1]). Das Gesetz spricht nur von dem Fall, dass die zweite Reproduction der ersten nachgebildet ist, nicht von jenem, der ja auch denkbar ist, dass das einer bestimmten Industrie bereits preisgegebene Original zu ähnlichem Zweck direct in Anspruch genommen wird. Indessen sprechen die Reg.-Motive aus, dass in diesem Fall das Kunstwerk selbst keinen Schutz mehr gegen die Industrie geniesst [2]) und das sagt auch das deutsche

---

[1]) Vgl. R.G.E. in Strafs. 3, 356.

[2]) Reg.-Mot. zu §§. 2, 3 der Reg.-Vorl. »Das geltende Recht (§. 9 lit. b des Patentes) schliesst Kunstwerke von dem Schutze gegen Nachbildung unbedingt aus, sobald sie als Muster für die zu einem wirklichen materiellen Gebrauche dienenden Erzeugnisse der Manufacturen, Fabriken und Handwerke benutzt worden sind. Diese Bestimmung, welcher der richtige Gedanke zu Grunde liegt, dass die des Characters reiner Kunstwerke entkleideten Werke als solche auf den nur den Kunstwerken gewährten Schutz keinen Anspruch haben, geht insofern zu weit, als sie auch die Nachbildung des Kunstwerkes als solchen freigibt und dadurch den Künstler ohne Grund schädigt. Deshalb

U.G. 9. Januar 1876 §. 14, an welches das unserige sich nach ausdrücklicher Erklärung der Motive, wenngleich wie auch sonst in unpräciser und entstellter Fassung, anlehnt. — Natürlich ist die Reproduction zu künstlerischen Zwecken auch in den hier besprochenen Fällen unzulässig.

e) Nach §. 4 lit. 6 bilden die Werke der Baukunst keinen Gegenstand des Urheberrechts. Das besagt, dass das architektonische Werk selbst nachgebildet werden darf; es besagt nicht, dass es Jedem freisteht, nach fremden Plänen und Entwürfen zu bauen. Vielmehr sind »Pläne und Entwürfe zu architektonischen Arbeiten« in der besagten Gesetzesstelle ausdrücklich als urheberrechtliche Kunstwerke qualificirt [1]), und es besteht auch kein Grund, dieses Urheberrecht auf das Recht der ausschliesslichen Veröffentlichung und Nachbildung in der Fläche zu beschränken.

Das etwa hiefür anzuführende Argument, dass die Ausführung eines Plans im Bau keine Nachbildung (§. 37) sei, ist unhaltbar gegenüber der Terminologie des Gesetzes, welches (§. 39 Al. 3) auch von einer Nachbildung graphischer Werke durch die Plastik spricht. Nicht einmal das lässt sich sagen, dass der Autorschutz hier insofern beschränkt sei, als der §. 56 U.G. (Verfall der zum Vertrieb bestimmten Nachbildungen)

---

wird im 3. Absatze des §. 3 den an Werken der Industrie oder des Handwerkes befugterweise nachgebildeten Kunstwerken in Anlehnung an das deutsche Recht der Schutz des künstlerischen Urheberrechtes nur hinsichtlich weiterer Nachbildungen an Industrieerzeugnissen entzogen.« Hiebei unterläuft den Motiven übrigens das Missverständniss, zu meinen, dass schon §. 9 lit. b des Patentes von 1846 das als Muster verwendete Kunstwerk des Schutzes entkleide und dabei insofern zu weit gehe, als er auch das Kunstwerk selbst unter dieser Voraussetzung für gemeinfrei erkläre. In Wahrheit sagt die Stelle aber nur, dass die Nachbildung eines Kunstwerkes an Industrieerzeugnissen Jedermann freistehe.

[1]) In diesem Punkt ist das österr. Gesetz also für die Architektur günstiger als das deutsche Reichsgesetz, welches Pläne und Skizzen nur als Schriftwerke schützt. Kohler, Kunstwerk 189 f.

unanwendbar erscheint; bezüglich beweglicher Baubestandtheile (Ornamente) ist selbst dies denkbar.

Werke der Baukunst sind Gebäude aller Art, Ehrenbogen, Grabmonumente und Kenotaphien, Säulen, monumentale Brunnen; aber auch deren künstlerische Pertinenzien, insofern sie nach inneren Gesetzen aus dem Stilganzen organisch herauswachsen, wie Ornamente, Karyatiden, Masswerk u. dgl. Nicht dagegen plastische Werke, bei welchen diese organische Verbindung nicht vorhanden ist, wie die Bildwerke in Giebelfeldern und Metopen oder auf Gesimsen; ebensowenig Terracottareliefs u. dgl.

Ueber den Grund, weshalb Bauwerke in den neueren Gesetzgebungen nicht geschützt werden, besteht keineswegs volle Uebereinstimmung[1]). Zu weit führend dünkt mir im Hinblick auf unser Gesetz der Hinweis darauf, dass das Bauwerk nicht auf absoluter künstlerischer Freiheit beruht, sondern einerseits durch die Aufgabe, gegebene Innenräume zu umschliessen, andererseits durch structive Bedingungen gebunden ist; dieser an sich sehr beachtenswerthe Gesichtspunkt würde auch das Autorrecht an architektonischen Plänen mindestens gegenüber der baulichen Nachbildung gefährden. Vom Standpunkt unseres Gesetzes kann daher wohl nur die Rücksicht auf die Oeffentlichkeit des ausgeführten Bauwerks (§. 39 Z. 4) und das Interesse der Architektonik an unbeschränkter Benutzung guter Vorbilder als massgebend betrachtet werden.

f) Gegenstand des Autorrechts ist nicht bloss das vollendete Kunstwerk, sondern auch die Skizze oder das Modell. Nicht dagegen die blosse, in Worten ausgedrückte Idee.

---

[1]) Vgl. Kohler, Kunstwerk 190, Gierke 778, Wächter, U.-R. der bild. Künste 42, Scheele 176, österr. Motive des H.H. zu §. 4.

e) Abbildungen mit literarischer und technischer Bestimmung.

Als Werke der Literatur schützt das Gesetz schliesslich noch (§. 4 lit. 3) »literarischen Zwecken dienende Zeichnungen, Abbildungen, Pläne, Karten, plastische Darstellungen und Skizzen dieser Art, wenn sie ihrer Bestimmung nach nicht als Kunstwerke zu betrachten sind«. Hierüber ist nichts weiter zu bemerken, da die Bestimmung in sich deutlich genug ist und die allenfalls fragliche Abgrenzung dieser Gegenstände einerseits gegenüber den Kunstwerken, andererseits gegenüber den Industriemustern bereits durch die vorstehenden Ausführungen über die Bedeutung des Zweckmoments für die Qualification eines autorrechtlichen Products gegeben ist.

III. Subjecte des Autorrechts.

Das Autorrecht ist gegeben mit der Thatsache der Autorschaft. Eine besondere, auf Erwerb des Autorrechts gerichtete Absicht ist nicht erforderlich. Daher werden auch die Werke von willensunfähigen Personen, wie z. B. Kinder und Geisteskranke, geschützt.

Aus dem Satz, dass die Autorschaft es ist, welche das Autorrecht begründet, ergibt sich sofort, dass ein solches nicht zu Stande kommt in der Person derjenigen, welche bei der Herstellung eines Werkes nur äusserlich mitthätig gewesen sind. Im Einzelnen sind folgende Fälle zu betrachten.

a) Der blosse Gehilfe, der bei der Herstellung eines Werkes nur unselbständig und im Dienste eines fremden Gedankens thätig ist, ist nicht Autor. Ein solches Verhältniss ist alltäglich in der bildenden Kunst, wo z. B. der Bildhauer beim Punktiren, der Maler bei Ausführung der Farbenskizze sich ganz gewöhnlich fremder Unterstützung bedient. Im einzelnen Fall kann die theoretisch sehr einfach gelegene

Frage der Grenze zwischen Gehilfenthum und Mitarbeiterschaft allerdings praktische Schwierigkeiten bereiten.

b) Der Besteller eines Werkes erwirbt kein Urheberrecht. Dieser sehr wichtige und vom älteren österreichischen Recht (Pat. 1846 §. 1 lit. a) abweichende Satz ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich formulirt, jedoch überall vorausgesetzt und damit, dass dem Besteller Rechte, abgesehen von einem einzigen, als arg. a contrario zu verwendenden Fall, nirgends zugesprochen sind, von selbst gegeben. Die erwähnte Ausnahme enthält §. 13 Al. 1, wonach bei Porträts, welche gegen Entgelt bestellt werden, sie mögen Werke der bildenden Künste oder der Photographie sein, die Rechte des Urhebers dem Besteller zustehen.

Wenn auf dem Gebiet des deutschen Reichsgesetzes, welches sich in §. 8 dahin ausdrückt, dass die Rechte des Urhebers auf den Besteller »übergehen«, es eine streitige Frage ist, ob hier nur ein derivater Rechtserwerb vorliegt, eine cessio legis, oder der Besteller ein selbständiges Urheberrecht besitzt[1]), so wäre es räthlich gewesen, diesen Punkt in unserem Gesetz bestimmt zu entscheiden. Die bei uns gewählte Diction, dass das Urheberrecht dem Besteller »zusteht«, ist jedoch ganz farblos und womöglich in noch höherem Grade nichtssagend als jene des deutschen Gesetzes. Die praktische Bedeutung der Frage ist eine sehr grosse; hätte der Besteller ein derivates Recht, so käme es, soweit der Inhalt des Urheberrechts sich nach der Staatsbürgerschaft bestimmt (§§. 1 und 2), auf den Indigenat des Urhebers an, es würde sich die Schutzfrist nach seiner Lebensdauer richten.

Bei näherer Betrachtung wird man sich zu einem originären Urheberrecht des Bestellers unmöglich verstehen können. Es ist z. B. zweifellos zulässig, dass der Künstler sich das Urheberrecht am Porträt vorbehält; soll hier vielleicht er, der

---

[1]) Scheele 202, Gierke 779, a. A. Kohler, Autorr. 202 (= Dog. Jhb. 18, 329).

wahre Autor, ein aus der Person des Bestellers abgeleitetes Autorrecht haben[1])? Oder soll der Schutz des Porträts sich nach der Vereinbarung der Parteien richten; so dass, wenn kein Vorbehalt getroffen ist, der Besteller, anderenfalls der Bestellte als das primäre Subject des Rechtes anzusehen wäre? Ferner: Uebertragenes Urheberrecht ist, wie das arg. a contrario aus §. 14 zeigt, der Execution nicht mehr wie das ursprüngliche schlechthin unzugänglich; soll nun der Porträtist etwa, wenn er sich die Rechte vorbehalten hat, behandelt werden wie einer, der ein fremdes Urheberrecht gekauft hat, also der Execution unterliegen? Oder soll wieder auch hier die Vereinbarung der Parteien entscheiden und ihrem praktischen Ermessen das Recht der Gläubiger ausgeliefert sein?

Letztere Annahme wird Niemand vertreten wollen; wer als Urheber zu betrachten ist, kann niemals Sache der individuellen Willkür sein. Hat man also die Frage nach Grundsätzen des Jus cogens zu beantworten, so ergibt sich als sinngemäss einzig die Lösung, dass das ursprüngliche Subject des Autorrechts in unserem Fall immer der Porträtist ist. Es liegt durchaus im Sinne unseres, das persönliche Element in dieser ganzen Materie so vollkommen anerkennenden Gesetzes, das Urheber**recht** nie bei einem Anderen entstehen zu lassen, als dem, welcher auch die Urheber**schaft** hat; es spricht dafür insbesondere der Umstand, dass die Anwendung des Gesetzes selbst in den §§. 1 und 2 auf die Thatsache der natürlichen Urheberschaft österreichischer oder nichtdeutscher Staatsangehöriger abgestellt ist, und es wäre auch ganz gegen den Sinn desselben, den Urheber, der sich das Nachbildungsrecht vorbehalten hat, in Bezug auf die Execution u. dgl. als Inhaber fremder Rechte zu betrachten.

---

[1]) So dass der österreichische Bildhauer, der auf Bestellung eines rumänischen Staatsbürgers ein Porträt anfertigt, nach dem rumänischen Staatsvertrag geschützt würde?

c) In diesem Zusammenhang ist auch der Terminus Herausgabe und die Rechtsstellung des Herausgebers zu erörtern.

Ein bestimmter Begriff verbindet sich mit diesem vieldeutigen Wort nicht. Bald nennt sich Herausgeber der Verfasser selbst, in welchem Falle es natürlich bei den gewöhnlichen Regeln bleibt. Bald ist die Herausgabe verbunden mit einem Miturheberrecht; so wenn Jemand ein fremdes posthumes Werk mit eigener Bearbeitung herausgibt, in welchem Fall ihm ein Autorrecht nur an den von ihm herrührenden Zusätzen zusteht. Endlich nennt man Herausgeber auch jenen, unter dessen Namen ein literarisches Unternehmen wie ein Sammelwerk oder eine Zeitschrift betrieben wird, wofür häufig auch die Bezeichnung Redacteur gebraucht wird.

d) Dies führt auf das Autorrecht bei Sammelwerken.

α) Dem Herausgeber eines solchen schreibt unser Gesetz, §. 8, in Uebereinstimmung mit anderen Gesetzgebungen, eine selbständige autorrechtliche Persönlichkeit zu, wenn das Werk ein einheitliches Ganzes bildet, wie z. B. bei lexicalischen Werken, Encyklopädien, Almanachs, Zeitungen u. dgl., bei welchen die planmässige Beschaffung, Anordnung und Sichtung des Stoffs eine urheberrechtliche Thätigkeit in sich schliesst.

Indessen bezieht sich dieses Recht des Redacteurs nur auf das Ganze als Ganzes; an den einzelnen Theilen ist die Rechtszuständigkeit nur für die Verfasser dieser Theile gegeben. Es liegt also keinerlei Solidarverhältniss vor; die Objecte der beiderseitigen Rechte sind durchaus verschieden. Der Nachdruck des Gesammtwerkes begründet freilich auch immer eine Verletzung des Rechts an den Beiträgen; aber der Nachdruck eines Beitrags[1]) ist nicht ohne Weiteres partieller Nachdruck

[1]) Anders, wenn mehrere Beiträge nachgedruckt werden, R.G. Entsch. in Strafs. 3, 75.

des Ganzen [1]), weil dieses nach der Verkehrsanschauung den Beiträgen heterogen ist, einen anderen Käuferkreis besitzt u. s. f. Das Recht am Ganzen kann früher oder später erlöschen als das an den Theilen [2]) Erfolgt ein Eingriff, der sowohl gegenüber dem Ganzen als dem Theil eine Urheberrechtsverletzung bildet, so klagt sowohl der Redacteur als der Mitarbeiter, aber jeder aus einem anderen Rechtstitel und jeder liquidirt ein separates Interesse.

Eine Consequenz dieses Verhältnisses ist es, dass an sich der Mitarbeiter über seinen Beitrag selbständig verfügen kann, ohne durch die Aufnahme in das Sammelwerk gehindert zu sein; er kann also denselben als Separatum neuerdings publiciren, in seine gesammelten Schriften aufnehmen u. s. f. Doch erleidet factisch dies Beschränkungen, insofern als die Ueberlassung des Beitrags für die Sammlung nach Umständen eine verlagsrechtliche Uebertragung des Autorrechts enthalten kann. Zwar ist sie im Zweifel nur dahin zu verstehen, dass der Redacteur bloss auf die Nutzung in dem Sammelwerk ein Recht haben soll und jede andere Gebrauchsweise dem Autor frei bleibt; aber es kann das Gegentheil ausgemacht sein und muss als stillschweigend bedungen gelten in Fällen wie die in Note 1 bezeichneten, wo dann mindestens für eine Auflage des Gesammtwerkes auf jede anderweitige Publication verzichtet ist. Ferner muss nach der bona fides des Verlagsvertrags es auch für unzulässig gelten, dass ein b e z a h l t e r Beitrag einem Concurrenzunternehmen nochmals überlassen werde.

---

[1]) Letzteres ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Beitrag sich gleichzeitig darstellt als ein dem Ganzen nach den Begriffen des Verkehrs gleichartiges Object. So z. B. wenn bei einem mehrbändigen Sammelwerk jeder Beitrag einen selbständigen Band bildet. Ein solcher ist mit dem Gesammtwerk concurrenzfähig, wogegen herausgeschnittene Abhandlungen aus einem Band es nach den Verkehrsbegriffen nicht sind, wenn es auch ausnahmsweise gelingen mag, selbst aus solchen das Ganze oder wesentliche Theile desselben zu reconstruiren.

[2]) Vgl. §§. 45 u. 49.

Ebenso die Publication des bezahlten Beitrags vor jener des Gesammtwerks.

Dagegen bleibt es bei den gewöhnlichen Regeln, wenn dem Herausgeber des Collectivwerks nur die Ermächtigung gegeben wurde, ein Geisteswerk als Beitrag zu benutzen.

Eine Modification dessen enthält jedoch §. 9 des Gesetzes. Ueber einen Beitrag, der in einem periodischen Werk erschienen ist, darf der Urheber, falls nichts Anderes verabredet ist, ohne Einwilligung des Herausgebers und, wenn ein solcher nicht genannt ist, des Verlegers erst nach Ablauf von zwei Jahren anderweitig verfügen.

Diese Vorschrift ist keine autorrechtliche, sondern greift über in das Verlagsrecht. Entnommen ist sie dem §. 10 des deutschen Gesetzes von 1871, welcher lautet: »Einzelne Aufsätze, Abhandlungen etc., welche in periodischen Werken, als Zeitschriften, Taschenbüchern, Kalendern etc. erschienen sind, darf der Urheber, falls nichts Anderes verabredet ist, auch ohne Einwilligung des Herausgebers oder Verlegers des Werkes, in welchem dieselben aufgenommen sind, nach zwei Jahren vom Ablauf des Jahres des Erscheinens an gerechnet, anderweitig abdrucken.«

Unser Gesetz hat dies beinahe wörtlich herübergenommen.

Eine Divergenz in der Fassung besteht allerdings insofern, als das deutsche Gesetz bestimmt, der Urheber dürfe seinen Einzelbeitrag, falls nichts Anderes verabredet ist, auch ohne Einwilligung u. s. f., nach zwei Jahren herausgeben, während unser Gesetz sagt, »ohne Einwilligung erst nach zwei Jahren«. Die erstere Bestimmung gibt sich also als eine, zu Gunsten des Autors bestehende, die letztere als eine die zu seinen Ungunsten ist. Indessen macht dies praktisch keinen Unterschied. Denn auch die deutsche Bestimmung will für zweifelhafte Fälle eine Präsumtion des zweijährigen Verzichts auf Einzelpublicationen begründen, ist also insofern auch zu Lasten des Urhebers.

Selbstverständlich ist aber damit, dass der Autor seinen Beitrag innerhalb zweier Jahre nicht anderweitig verwerthen kann, nicht gesagt, dass während dieser Zeit die Zeitschrift das volle Autorrecht an seinem Beitrag besitzt, so dass sie ihn etwa auch anderweitig verwerthen könnte. Wohl aber kann sie die Nachdrucksklage erheben, wenn derselbe, sei es nun von seinem Verfasser, sei es von einem Dritten, selbständig oder in einer anderen Zeitschrift veröffentlicht werden sollte[1]. Allerdings kann gleichzeitig auch der Autor selbst klagen, weil seine zukünftige Separatausgabe durch den Nachdruck geschädigt wird. Und nur er allein kann klagen, wenn nur seine Interessen, nicht aber die der Zeitschrift verletzt werden, wie z. B. bei unbefugter Aufführung des in einer Zeitschrift veröffentlichten Dramas.

Demnach ist die Bestimmung des §. 9 dahin auszulegen, dass sie die Präsumtion enthält, das Urheberrecht am Beitrag sei für zwei Jahre in begrenztem Umfang übertragen worden. Weiter reicht sie nicht. Demnach muss nach Ablauf dieser Zeit der Herausgeber des periodischen Werkes, falls er gegen Dritte klagbar auftreten will, die weiterreichende Uebertragung von Autorrecht beweisen[2].

β) An Werken, welche kein einheitliches Ganze bilden, wie z. B. die meisten wissenschaftlichen Zeitschriften, welche die in ihr Fach einschlägigen Artikel ohne innere Anordnung aneinanderzureihen pflegen, oder literarische Festgaben u. dgl., besteht nur das Urheberrecht der Mitarbeiter, nicht dagegen ein solches des Herausgebers. Danach ist der Nachdruck eines ganzen, etwa besonders interessanten Heftes einer wissenschaftlichen Zeitschrift, wenn nicht die Mitarbeiter Einsprache erheben, dem Herausgeber gegenüber vom urheberrechtlichen Standpunkt gestattet. Indessen greift auch hier die Präsum-

---

[1]) A. A. Wächter, Autorrecht 121.

[2]) A. A. Dambach, Urheberrecht 108.

tion des §. 9 ein, wonach innerhalb zweier Jahre das Urheberrecht als ihm übertragen gilt, so dass praktisch ein durchaus erträgliches Resultat sich ergibt.

II. In dem sub I. d. α) bezeichnenden Fall kann das Autorrecht des Herausgebers auch einer juristischen Person zustehn[1].) Dieses ist also der Fall, wenn diese die Herausgabe eines einheitlichen Sammelwerkes übernommen hat, nicht bei sonstigen von benannten Autoren verfassten und von Corporationen und Anstalten herausgegebenen Publicationen. Nur können letztere, wenn sie anonyme Publicationen herausgeben, nach §. 11 befugt erscheinen, die dem anonymen Urheber zustehenden Rechte zu wahren.

Das Autorrecht, welches juristischen Personen an den von ihnen herausgegebenen einheitlichen Sammelwerken zusteht, gibt insofern zu denken, als nach der Auffassung des Gesetzes Autorrecht nur durch geistige Schöpfung entsteht, diese aber nur von physischen Personen ausgehen kann. Indessen wird man bei dem heutigen Stand der Wissenschaft, welche die Verbandspersonen nicht mehr als leblose Automaten, sondern als beseelte sociale Organismen auffasst, hierin keine eigentliche Anomalie erkennen dürfen, sondern das Gesetz dahin auffassen, dass es die redigirende Thätigkeit rechtlich als eine Aeusserung eines dem Verband zukommenden lebendigen Gesammtwillens auffasst. Es ist dies auch kaum anders möglich, da es in vielen Fällen gar nicht durchführbar wäre, diesen in bestimmte psychische Actionen concreter Personen aufzulösen.

Wenn hiemit auch den juristischen Personen eine gewisse niedere Autorthätigkeit eröffnet ist, so können dieselben deshalb doch nicht zu höheren Bethätigungen derselben für befähigt erachtet werden. Eine von einem kleinen Verein etwa im Plenum durchberathene politische Schrift könnte darum

---

[1]) Das ist ausdrücklich gesagt in §. 46; derselbe citirt den hierher gehörigen §. 8.

immer nur als Gesammtwerk der Mitglieder (§. 7) angesehen werden. Mit anderen Worten, dass Gesetz kennt die Autorschaft der Verbände nur als redactionelle, nicht als schöpferische.

Indem das Gesetz in §. 46 als Inhaber des redactionellen Autorrechts auch Behörden namhaft macht, legt es denselben insofern den ihnen anderweitig meist fehlenden Character der Rechtspersönlichkeit bei. Man wird daher nach aussen hin auch eine sonst unselbständige Behörde als legitimirt erachten müssen, urheberrechtliche Dispositionen zu treffen.

III. Miturheberrecht[1]).

Die Normirung, welche diese Materie in unserem Gesetz gefunden hat, beruht nicht auf klarer Erfassung des Problems. Das Gesetz stellt in den §§. 7 und 8 einander gegenüber a) Werke, welche von Mehreren gemeinsam hergestellt sind und b) Werke, welche aus unterscheidbaren Beiträgen verschiedener Miturheber gebildet sind. Es ist leicht einzusehen, dass diese Gegensätze gar keine solchen sind, weil sie auf verschiedenen Eintheilungsgründen beruhen; das einemal ist die Sache vom subjectiven Verhältniss der Mitarbeiter aus, das andere Mal vom objectiven Verhältniss der Beiträge ausgehend betrachtet. Offenbar kann denn auch ein Werk zwar gemeinsam, aber doch mit unterscheidbaren Beiträgen gemacht sein, und umgekehrt so, dass die Beiträge nicht zu scheiden sind, und doch keine Gemeinsamkeit der Arbeit vorliegt, wie z. B. wenn posthume Dichtungen oder Compositionen ergänzt werden.

Richtig ist daher folgendermassen zu unterscheiden.

α) Es kann der Fall sein, dass die Arbeit Mehrerer sich vollständig verbindet.

αα) Dies kann zunächst beruhen auf subjectiver Corperation der Theilnehmer.

---

[1]) Vgl. Kohler, Arch. f. civ. Prax. 85, 339 ff.

Wenn zwei Dichter oder Maler den Plan eines gemeinsam zu schaffenden Werkes gemeinsam entwerfen, so ist, mag selbst in der Ausführung äusserlich abgetheilt werden, schon damit eine Verwebung der Gedanken gegeben, für welche eine Trennung nicht möglich ist. Man muss daher immer im Auge behalten, dass die scheinbare Unterscheidbarkeit der manuellen Leistung noch keine Separation der Urheberrechtsantheile bedeutet. Ebensowenig aber darf man vergessen, dass diese subjective Association hier auch eine objective Verbindung der Ideen bedeutet, und in Wahrheit ist diese letztere das Massgebende, da wie wir alsbald sehen werden, die objective Verbindung an sich genügt, um ungetrennte Miturheberschaft zu begründen, und andererseits, wenn der innere Plan der Arbeit nicht gemeinsam entworfen wurde, auch getrenntes Urheberrecht vorliegen kann.

Nur scheinbar anders liegt der Fall, wenn ein Urheber den Plan entworfen, ein anderer ganz allein die Ausführung besorgt hat. Auf den ersten Blick scheint freilich der Theil des letzteren ein selbständiges Dasein zu führen; in Wahrheit würde er ohne die ihm zu Grunde liegende Idee gar nicht existiren, deren Verkörperung er ist. Auch in diesem Fall ist also ungetrenntes Miturheberrecht begründet.

ββ) Es kann jedoch auch dann, wenn eine subjective Gemeinsamkeit nicht vorliegt, eine objective Unzertrennbarkeit vorliegen. So ist es der Fall, wenn ein dichterischer Entwurf, eine Ton- oder Farbenskizze von einem Andern ergänzt worden ist. Nur ist Eines zu bemerken: die Unlöslichkeit bezieht sich nur auf das Ganze und auf den nachgeschaffenen Theil, welcher einer selbständigen Existenz eben nicht fähig ist. Der ursprüngliche Entwurf dagegen ist eine subjectiv und objectiv selbständige Leistung; an ihm also besteht das Recht des Erstautors unberührt fort. Dagegen der Zweitautor hat nur Miturheberrecht am Ganzen und theilt dieses mit dem Verfasser der Grundlage, welche er bearbeitet hat.

Die rechtliche Ordnung dieses Verhältnisses bestimmt sich nach den Grundsätzen des Gesammthandrechts, welche §. 7 des Gesetzes hier formulirt. Es liegt keine Gemeinschaft des Eigenthums im Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs (§. 825 ff.), vor und darum findet insbesondere die Verwaltung der Rechtsbefugniss nicht nach dem Majoritätsprincip statt, sondern es kann nur im Einverständniss aller Miturheber über das gemeinsame Recht verfügt werden, und es gibt keine urheberrechtliche Remedur, wenn auch nur einer der Mitarbeiter seine Zustimmung zur Veröffentlichung oder sonstigen vermögensrechtlichen Fructificirung des Gesammtwerkes verweigert.

Eine andere Frage ist es natürlich, ob nicht bereits in dem Uebereinkommen auf Herstellung eines gemeinsamen Werkes ein obligatorischer Vertrag liegt, welcher jeden Theilnehmer verpflichtet, der fruchtbringenden Verwerthung desselben seinen Consens zu ertheilen. Kraft dieses Vertrags kann dann jeder Theilnehmer von seinen Mitarbeitern nicht bloss die Zustimmung zu den entsprechenden Dispositionen verlangen, sondern darf wohl auch, falls dieselbe grundlos verweigert wird, eine solche Disposition — ohne erst auf die Ermächtigung dazu klagen zu müssen — einseitig treffen und dann sich und seine Rechtsnachfolger gegen die eventuelle Urheberrechtsklage einredeweise vertheidigen.

Erfolgt von dritter Seite ein Eingriff in das gemeinschaftliche Recht, so ist jeder Miturheber zur Klageerhebung befugt, verfolgt jedoch nur sein persönliches Interesse.

Die Grösse der Antheile an den Erträgnissen ist, da das Gesetz nichts Anderes bestimmt, im Zweifel die gleiche (vgl. §. 839 b. G.B.).

Das so beschaffene Verhältniss ist übertragbar in dem Umfang, in welchem überhaupt unser Gesetz die Uebertragung des Urheberrechts anerkennt (§§. 15, 16), also auf die Erben quoad substantiam, auf Singularnachfolger quoad exercitationem.

Erlischt die Theilberechtigung eines Mitarbeiters, so wird sein Antheil im Wege der Accrescenz von selbst den übrigen Theilhabern erworben (§. 43 Abs. 3).

β) Der zweite Fall urheberrechtlicher Gemeinschaft ist der, dass die Arbeitsleistungen der einzelnen Miturheber sich äusserlich scheiden lassen. Derart ist es beispielsweise, wenn ein Liederbuch aus Dichtungen verschiedener Dichter zusammengestellt, oder ein Reisewerk mit Illustrationen verfasst oder ein dramatischer Text componirt wird. Nicht hieher gehört jedoch die Composition bereits veröffentlichter Dichtungen, soweit sie nach §. 25 lit. 5 allgemein gestattet ist, weil hier von einem Autorrecht des Dichters eben nicht mehr die Rede ist.

Hiebei sind nun weitere Distinctionen zu treffen [1]).

αα) Das Gesammtwerk kann ohne Einvernehmen der Urheber der einzelnen Theile hergestellt sein, indem z. B. ein Componist ohne Verständigung mit dem Dichter zu einem dramatischen Text die Musik schreibt. Es besteht dann für Jeden an seinem Theil ein selbständiges Urheberrecht, und es kann der Dichter über seinen Text ebenso wie der Musiker über die Composition selbständig verfügen. Ueber das Gesammtwerk natürlich, in unserem Beispiel über das Musikdrama, kann keiner ohne Zustimmung des anderen disponiren. Insbesondere entfällt für den Musiker nach dem gegenwärtigen Gesetz die noch im Reichsgesetz §. 51 enthaltene eigenthümliche Prärogative, Dritten die Aufführung einseitig zu gestatten [2]). Die Antheile an den Erträgnissen des Gesammtwerks sind, wenn gemeinsame Verwendung nachträglich beschlossen wird, auch hier im Zweifel für gleich zu halten, wobei natürlich

[1]) Ausser Betracht bleibt der bereits oben S. 159 besprochene, in §. 8 merkwürdigerweise allein berücksichtigte Fall, dass das Ganze einen von den Urhebern verschiedenen Herausgeber hat und auf dessen Conception beruht.

[2]) Allerdings wird mitunter (so von Kohler, Arch. f. civ. Prax. 85, 351) die Bestimmung des §. 51 auf den Fall verabredeter Collaboration beschränkt.

der Nachweis einer höher zu bewerthenden Beitragsleistung offen bleiben muss, worüber im einzelnen Fall Sachverständige zu entscheiden hätten. Erlischt das Autorrecht an einem der Theile, so ist dieser als Theil frei; die Disposition über das Ganze ist jedoch an die Zustimmung des überlebenden Theilhabers gebunden [1]).

Unser Gesetz spricht allerdings von dem hier vorausgesetzten Fall nicht ausdrücklich, sondern enthält über die Fälle des getrennten Urheberrechts nur die eine in §. 8 niedergelegte Bestimmung, dass hier das Urheberrecht an den Theilen den Mitarbeitern, am Ganzen jedoch dem Herausgeber zusteht. Damit ist nur eine mögliche (bereits oben S. 159 besprochene) Constellation ins Auge gefasst, nämlich die, dass das Ganze einen besonderen Herausgeber hat. Indessen kann die für das Abhandensein eines solchen zu treffende Behandlung mit Ausnahme des in Anm. 1 berührten Punktes nicht zweifelhaft sein.

ββ) Viel häufiger als die bisher erörterte Sachlage ist jene, dass die Mitarbeiter sich über das zu schaffende Gesammtwerk im Vorhinein verständigen. Urheberrechtlich liegt dieser Fall dem vorigen vollkommen gleich. Es kommt aber hinzu der gemeinrechtliche Vertrag, welcher jeden verpflichtet, der verabredeten Verwerthung des Werks kein Hinderniss in den Weg zu legen, und demnach sowohl zu den diesfälligen Massnahmen zu consentiren, als auch jede anderweitige Verwerthung seines Arbeitsantheils zu unterlassen, welche mit jener des Gesammtwerks in Concurrenz

[1]) Factisch kommt dies auf ein Accrescenzrecht im Sinn der ungetrennten Urheberschaft hinaus, so lange man trachtet, mit dem überlebenden Autor im Einvernehmen zu bleiben. Wie aber, wenn gegen diesen durch Benutzung des Gesammtwerks ein Eingriff verübt wird? Kann er hier nur jenen Interessenantheil verlangen, den er vor Freiwerden des andern Theils besass, oder ist auch rechtlich eine Accrescenz eingetreten, welche ihn zur Forderung des Interesse so legitimirt, als ob er Alleinurheber des Ganzen wäre? Dafür Gierke S. 783 n. 70. Unser Gesetz gibt hierauf keine Antwort.

treten würde [1]). Demgemäss hätte der Componist eines Libretto in solchem Fall — und wenn nicht eine blosse Gestattung der Composition vorliegt — ein Einspruchs- und Schadenersatzrecht, falls der Librettist dasselbe einem anderen Tondichter überlässt. Nur ist diese Befugniss keine autorrechtliche, da bloss Verletzung eines Vertrags vorliegt, und dieser nicht auf Ueberlassung des Autorrechts am Libretto gerichtet ist. — Ueber die Grösse der Ertragsantheile wird in der Regel das Uebereinkommen entscheiden; in Ermangelung dessen gilt im Zweifel Kopftheilung, bis zum Beweise einer anderweitigen Werthproportion.

IV. Beweis der Urheberschaft. Anonyme und pseudonyme Werke.

Hierüber enthalten die §§. 10 und 11 des Gesetzes folgende Bestimmungen.

§. 10. »Als Urheber eines erschienenen Werkes gilt bis zum Gegenbeweise derjenige, dessen wahrer Name bei dem Erscheinen als der des Urhebers angegeben worden ist.

Ist das Werk durch Verbreitung von Vervielfältigungen oder Nachbildungen erschienen, so muss die Angabe des Namens auf dem Titelblatte, unter der Zueignung oder der Vorrede oder am Schlusse des Werkes, bei Werken, welche durch Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet sind, an der Spitze oder am Schlusse jedes Beitrages erfolgt sein. Bei Werken der bildenden Künste, sowie bei photographischen Werken genügt die Namensangabe auf dem Werke selbst oder auf dem Carton, auf welchem dasselbe befestigt ist.

Hat das Erscheinen des Werkes durch öffentliche Aufführung stattgefunden, so muss die Angabe des Namens bei der Ankündigung der ersten Aufführung geschehen sein.

Ist das Werk durch öffentliche Ausstellung erschienen, so muss die Namensangabe sich auf dem Werke selbst

[1]) Richtig **Kohler**, Arch. f. civ. Prax. 85, 347 f.

oder auf dem Carton, auf welchem es befestigt ist, befinden.

§. 11. Werke, welche nicht unter Angabe des wahren Namens des Urhebers erschienen sind, gelten als anonyme oder pseudonyme Werke. Bei diesen ist der Herausgeber, und wenn ein solcher nicht angegeben ist, der Verleger berechtigt, die dem Urheber zustehenden Rechte wahrzunehmen.«

Betrachtet man, wie es ja gewiss das Naheliegendste ist, beide Paragraphen als zusammengehörig und sich gegenseitig erläuternd, so gelangt man zu Consequenzen, die gewiss eigenthümlich genannt werden müssen. Es ist dann ein anonymes oder pseudonymes Werk (§. 11) jedes, bei dessen Erscheinen nicht die strengen Formvorschriften des §. 10 erfüllt worden sind. Das hat zwar keine Bedenken bei Werken, die durch körperliche Vervielfältigung erscheinen, wie literarische und im Druck herausgegebene Tonwerke oder graphische Erzeugnisse; denn diese bleiben ja während ihrer ganzen Existenz — abgesehen von neuen Auflagen, die rechtlich als neue Werke gelten — wirklich anonym. Es ist aber derselbe Satz im höchsten Grade auffallend, wenn er auf Werke bezogen wird, an welchen das Recht der Aufführung oder öffentlichen Ausstellung platzgreift. Hier würde er die Bedeutung haben, dass z. B. ein Drama, welches das erste Mal als anonymes, später stets unter Nennung des wahren Urhebernamens aufgeführt würde, beständig ein anonymes bliebe, weil es nicht unter Angabe des wahren Namens »erschienen« (§. 11), d. h. das erste Mal öffentlich aufgeführt (§. 10, Al. 3) worden ist. Das hätte praktisch die Bedeutung, dass das Urheberrecht daran schon binnen dreissig Jahren von der ersten Aufführung an, nicht vom Tode des Urhebers gerechnet, erlöschen müsste, wenn nicht der Urheber die Vorsicht gebraucht, sich rechtzeitig in das alsbald zu erwähnende Autorenregister des §. 44 eintragen zu lassen. Ich gestehe, dass mir diese Consequenz

unerträglich erscheint. Man wende nicht ein: »Jura vigilantibus scripta,« d. h. ein Autor, der das Register nicht benutzt, hat sich die Folgen seiner Unvorsichtigkeit selbst zuzuschreiben. Das liesse sich hören, wenn die ihm drohende Präclusion einen vernünftigen Sinn hätte. Ein solcher Sinn ist aber nur gegeben bei anonymen Druck- und graphischen Werken, die sich jedem Unkundigen wirklich immer als anonym präsentiren. Aber was soll es denn heissen, ein Werk als anonym zu fingiren — denn darauf kommt es hinaus — das seit dreissig Jahren unter dem Autornamen aufgeführt, ausgestellt oder gar gedruckt wird, bloss weil es irgend einmal vor dreissig Jahren anonym aufgeführt oder ausgestellt wurde, wie die ältesten Leute bestätigen? So lautet denn auch das deutsche Reichsgesetz §. 82, Al. 3 dahin, dass bei dramatischen Werken die gewöhnliche Schutzfrist eintritt, wenn »der Urheber . . . den wahren Namen . . . durch Eintragung in die Eintragsrolle bekannt macht oder wenn der Urheber das Werk innerhalb dieser Frist unter seinem wahren Namen veröffentlicht«. Und dasselbe muss in unser Gesetz hineingelegt werden, sollen wir nicht einen wahrhaft unvernünftigen und unerträglichen Rechtszustand erhalten.

Der Weg, auf dem die schwer zu rechtfertigende Redaction der §§. 10 und 11 unschädlich zu machen ist, liegt in Folgendem vorgezeichnet. Man muss den §. 11 restringiren auf mechanische Vervielfältigungen, d. h. also, man muss unter den Werken, welche nach §. 11 als anonym oder pseudonym gelten sollen, weil sie nicht unter dem wahren Namen erschienen sind, nur die durch Druck, Stich, Holzschnitt und Photogravüre u. s. w. vervielfältigten Werke verstehen, nicht auch Werke, welche aufgeführt oder im Original ausgestellt wurden. Dafür bietet der Paragraph selbst einen Anhaltspunkt, indem er sagt, dass der Herausgeber und in Ermanglung eines solchen der Verleger berechtigt ist, die Rechte des Urhebers wahrzunehmen; dies zeigt nämlich, dass man bei

§. 11 wirklich nur an Vervielfältigungen dachte, weil nur bei solchen ein Herausgeber oder Verleger vorkommt.

Wird §. 11 so verstanden, so ist dann das Verhältniss der §§. 10 und 11 folgendes: Die Formvorschriften über die Verlautbarung des Autornamens in §. 10 beziehen sich nicht auf die Abgrenzung zwischen anonymen und alethonymen Werken; von diesem Gegensatz ist vielmehr in §. 10 gar nicht die Rede. Sondern sie beziehen sich nur auf den Beweis der Urheberschaft [1]). Wer seinen Namen zu dem Werk bekannt hat im Sinn der drei letzten Absätze des §. 10, dem kommt die Rechtsvermuthung zu Gute, welche der erste Absatz formulirt: er wird als Autor präsumirt. Wer nicht im Sinn des §. 10 gleich beim Erscheinen sich als Autor genannt hat, der muss im Bestreitungsfall seine Autorschaft im gewöhnlichen civil- oder strafprocessualischen Sinn beweisen. — Der §. 11 hingegen entwickelt den Begriff der Anonymität, aber, wie ich oben betonte, richtig verstanden nur für Vervielfältigungen. Für Werke, welche durch Aufführung oder Ausstellung erschienen sind, ist im Gesetz nicht festgestellt, wann sie als anonym gelten, und es muss daher hier die der Natur der Sache entsprechende Entscheidung getroffen werden, dass solche Werke die Anonymität verlieren, wenn sie später unter dem wahren Namen veröffentlicht werden. Dies kann geschehen dadurch, dass bei späteren Aufführungen resp. Ausstellungen der Name des Urhebers angegeben wird, oder auch

[1]) Die Kryptonymität im Sinne des §. 10, d. h. der Mangel der Präsumtion für eine bestimmte Autorschaft ist überhaupt von jener des §. 11, welche sich hauptsächlich auf die Dauer des Schutzes bezieht, wohl zu unterscheiden. Dies zeigt sich auch im folgenden. Erstere liegt auch dann vor, wenn der Autorname gegen den Willen des Autors unterdrückt worden ist; es kommt hier nur darauf an, dass das Werk sich objectiv präsentirt als nicht auf seinen Namen gestellt. Die Kryptonymität im Sinne des §. 11 dagegen läge unter der gleichen Voraussetzung nicht vor: denn eine solche Publication ist offenbar nicht mit Willen des Verfassers geschehen (§. 6), also kein »Erscheinen« im Sinne des Gesetzes.

dadurch, dass diese Werke im Druck oder Stich u. s. w. alethonym herausgegeben werden, wogegen allerdings eine bloss zufällig eintretende Notorietät des Urhebernamens die Anonymität nicht beseitigen kann.

Gegen diese Auffassung kann man sich zunächst nicht berufen auf §. 44 Al. 1, wonach das Urheberrecht an Werken, welche anonym oder pseudonym erschienen sind, binnen dreissig Jahren nach dem Erscheinen endigt. Denn hier soll das Verhältniss des Erscheinens zur Anonymität nicht festgestellt werden, sondern wird vielmehr als bekannt vorausgesetzt; keinesfalls kann diese Stelle zu dem Widersinn zwingen, ein Werk, welches alethonym aufgeführt wird, als kryptonymes anzusehen.

Ebensowenig kann man sich berufen auf das ältere Recht, nämlich §. 23 lit. b des Patents, wonach der Aufführungsschutz auf zehn Jahre nach der ersten Aufführung beschränkt ist »bei anonymen und pseudonymen Werken ohne Unterschied, ob der wahre Name des Verfassers oder Tonsetzers nach geschehener, wenngleich nur einmaliger öffentlicher Aufführung bekannt wird oder nicht«. Denn hiemit ist nicht gesagt, dass das Werk immer kryptonym bleibt, wenn nur die erste Aufführung es war. Ja, im Gegentheil, das Gesetz lässt hier die Kryptonymität nur dann fortbestehen, wenn nach geschehener Aufführung der Name des Autors bekannt wird, deutet also selbst darauf hin, dass, wenn vor oder bei einer Aufführung, die nicht die erste zu sein braucht, die Bekanntmachung erfolgte, die Bestimmung cessirt [1]).

Ist das Gesagte richtig, so ergibt sich daraus auch noch die weitere Consequenz, dass die Kryptonymität nicht für alle Erscheinungsformen eines Werkes gleichzeitig bestehen muss, wenn dasselbe auf verschiedenem Wege veröffentlicht worden ist. Es kann also ein Drama, das zuerst anonym gedruckt,

---

[1]) Vgl. auch Schuster 107.

dann aber alethonym aufgeführt wurde, für die Aufführung alethonym sein, obwohl es für den Druck kryptonym ist. Und umgekehrt; wird ein erst anonym aufgeführtes Werk später im Druck unter Angabe des Autornamens veröffentlicht, so ist es für den Druck und für die Aufführung alethonym.

Die Einzelheiten anlangend ist Folgendes zu sagen.

a) Präsumtion zu Gunsten des genannten Urhebers (§. 10 Al. 1).

Diese Präsumtion überhebt den genannten Autor jedes weiteren Beweises; selbstverständlich ist der Gegenbeweis zulässig. Die Präsumtion tritt aber ein nicht bloss zu seinen Gunsten, sondern bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes auch zu seinen Ungunsten. Es können daher die Gläubiger des genannten Urhebers, welche auf seine vermögensrechtlichen Emolumente Zwangsvollstreckung führen, sich auf die Rechtsvermuthung des §. 10 Al. 1 auch dann berufen, wenn von dritter Seite der Anspruch auf Freigebung derselben erhoben wird mit der Begründung, dass der Dritte der wahre Urheber sei [1]).

Die Formen, in welchen die Angabe des Autornamens erfolgt sein muss, sind ziemlich selbstverständlich bei literarischen Werken, worüber ich auf das Gesetz verweise. Auffallend ist dagegen, dass bei Werken der bildenden Künste nur die Namensangabe auf dem Werk selbst oder auf dem Carton, auf welchem dasselbe befestigt ist, genügen soll; dass also bei einem plastischen Werk die Präsumtion nicht eintritt, wenn auch der Name des Bildners auf dem Postament, worauf es steht, durch eine Tafel ersichtlich gemacht ist [2]). Bei auf-

[1]) Der Fall ist vor wenigen Jahren in Wien praktisch geworden, dass ein bekannter Autor gegenüber der Execution seine Frau als die wahre Verfasserin seiner Werke bezeichnete.

[2]) Es genügt auch nicht das — selbst allgemein bekannte — Künstlermonogramm, wie die Motive ausdrücklich besagen.



geführten Dramen, Ton- und choreographischen Werken endlich muss der Name bei der Ankündigung der ersten Aufführung geschehen sein. Gleichgiltig muss es dabei bleiben, ob die Nennung schon auf den Plakaten oder erst auf den an der Stätte der Production vertheilten Programmen erfolgt ist, ja selbst, ob sie schriftlich oder nur vor dem versammelten Publicum mündlich erfolgte, dafern letzteres nur vor und nicht nach, und wäre es selbst unmittelbar nach der Aufführung geschieht.

b) Anonyme und pseudonyme Werke.

Als solche gelten diejenigen, welche »nicht unter Angabe des wahren Namens des Urhebers« erschienen sind. Der wahre Name ist der bürgerliche; angenommene Schriftsteller- oder Künstlerpseudonymen bleiben Pseudonymen, auch wenn es allgemein bekannt ist, wer sie führt [1]).

Die rechtliche Bedeutung der An- und Pseudonymität ist nun diese. Einerseits muss für derartige Werke eine besondere Schutzfrist aufgestellt werden, da die nach der Lebensdauer des Urhebers bemessene bei ihnen unanwendbar ist, und dies thut das Gesetz, indem es die Frist in §. 44 auf dreissig Jahre nach dem Erscheinen festsetzt. Andererseits ist nothwendig, dem Autor die Wahrung seiner Rechte zu ermöglichen, und dies geschieht, indem dem Herausgeber oder Verleger des Werkes die Legitimation zur Wahrnehmung der Urheberrechte ertheilt wird (§. 11). Dass letzteres Auskunftsmittel jedoch sich nur beziehen kann auf Werke, die durch Vervielfältigung erschienen sind, wurde schon gesagt. Bei bloss aufgeführten Werken ist eine ähnliche Regelung nicht denkbar; die Unternehmer der Aufführung mit einer gesetzlichen Vertretungsmacht auszustatten, ist unmöglich schon deswegen, weil ihrer mehrere sein können und mit beschränkter Aufführungsbefug-

[1]) A. A. Schuster 97.

niss. Bei diesen Werken kann also der Autor sein Recht nur so wahren, dass er aus der Verborgenheit hervortritt [1]).

Zur Behebung der Kryptonymität ist in dem Gesetz ein allgemein anwendbares Mittel gegeben: die Eintragung des wahren Urhebers in ein nach §. 44 beim Handelsministerium zu führendes, eigens und ausschliesslich für diesen Zweck bestimmtes Register [2]). Die Eintragung zu bewirken, ist ein Recht des Urhebers und mit seiner Zustimmung auch seines Rechtsnachfolgers; aber sie erfolgt ohne Prüfung der Berechtigung des Anmeldenden und der Richtigkeit der angemeldeten Thatsachen. Das heisst, geprüft wird weder, ob der einzutragende Name der richtige, noch auch, ob der Anmelder Rechtsnachfolger des Urhebers und im Besitz seiner Zustimmung ist. Jedenfalls aber müssen diese Thatsachen wenigstens behauptet werden. Ebenso wird, wenn die Eintragung durch einen Vertreter beantragt wird, von diesem eine Vollmacht verlangt werden müssen. — Wird die Richtigkeit der Anmeldung bestritten, so ist die behauptete Urheberschaft im Processweg zu beweisen, und selbstverständlich ist die Eintragung wirkungslos, wenn sie nicht vom Inhaber des Urheberrechts angesucht worden ist.

---

[1]) Der Vorschlag, den man wohl gemacht hat, der Autor möge das Werk kryptonym im Druck erscheinen lassen, wodurch die Legitimation des Verlegers zur Wahrung seiner Rechte hergestellt sei, hilft nichts; denn die Legitimation des §. 11 ist durch die anonyme Aufführung bereits verloren, der Verleger muss daher den Autor nennen und dessen Urheberschaft beweisen. Denn sonst könnten zwei Verleger gleichzeitig das Werk erscheinen lassen und dann beide sich streiten.

[2]) Dieselbe hilft dem Autor insbesondere auch dann gegen die Kürze der Schutzfrist für kryptonyme Werke, wenn seine Arbeit ohne seinen Willen — etwa in Folge eines Missverständnisses — kryptonym erschienen ist. Denn wenn auch unter dieser Voraussetzung das Werk im Rechtssinn nicht sowohl ein kryptonymes, sondern ein nicht erschienenes ist (s. oben S. 172, Anm. 1), so sind doch die faktischen Folgen des Verfassers auf jene Weise am leichtesten zu paralysiren.

IV. Inhalt des Urheberrechts.

Das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst enthält nach §§. 23 Al. 1, 31 und 37 U.-G. folgende drei allgemeine Befugnisse:

α) das Recht der Veröffentlichung,

β) das der Vervielfältigung,

γ) des Vertriebs.

Bei Werken der Literatur tritt hinzu:

δ) das Uebersetzungsrecht.

Bei musikalischen und bei Bühnenwerken tritt hinzu:

ε) das ausschliessliche Recht der öffentlichen Aufführung.

Bei Werken der bildenden Kunst

ζ) das Recht der Nachbildung [1]).

I. Veröffentlichung.

A. Begriff. Der Begriff der Veröffentlichung ist in der Terminologie des Gesetzes gleichwerthig mit jenem des Erscheinens.

An die Thatsache der Veröffentlichung oder des Erscheinens knüpfen sich autorrechtlich die wichtigsten Folgen.

---

[1]) Ein Recht der öffentlichen Ausstellung von Werken der bildenden Kunst gibt es nicht. Soweit allerdings durch die Ausstellung das Bildwerk erst öffentlich bekannt gemacht wird, kann dieselbe dem Veröffentlichungsrecht zuwiderlaufen; dann ist es aber dieses, welches verletzt wird. Diese Verletzung des Veröffentlichungsrechts aber ist dem Urheber gegenüber nur so lange möglich, so lange er es noch hat; aber mit der Veräusserung des Kunstwerks geht es auf den Erwerber über (arg. §. 18), und dieser kann nun selbst das noch nicht veröffentlichte Bildwerk ausstellen. Ferner auch: wenn der Urheber, der das Bild noch nicht veräussert hat, es bereits einmal veröffentlicht hatte, begeht der Entlehner (der also nicht Inhaber des Urheberrechts ist) durch eigenmächtige Ausstellung zwar eine Vertragsverletzung, aber keinen urheberrechtlichen Eingriff. In beiden Fällen wäre anders zu entscheiden, wenn es ein besonderes Recht der Ausstellung gäbe und dieses durch Veräusserung nicht ohne Weiteres mitübertragen wurde. Die Reg.-Vorl. kannte ein solches (§. 30 R.V.), liess aber dasselbe mit dem Eigenthum am Original auf dessen Erwerber übergehen.

Einerseits begründet das Erscheinen in einem bestimmten Gebiete, nämlich im Inland oder im Deutschen Reich, den im ersten Fall unbedingten, im letzteren Fall nur von der Voraussetzung der Reciprocität abhängigen Schutz dieses Gesetzes, unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Urhebers.

Ferner beginnt bei anonymen oder pseudonymen Werken die Schutzfrist vom Moment des Erscheinens zu laufen [1]).

Ferner geht das Urheberrecht an belletristischen, wissenschaftlichen und fachlichen Artikeln durch ihr Erscheinen in einem öffentlichen Blatt unter, wenn nicht an ihrer Spitze die Untersagung des Nachdrucks ausgesprochen ist (§. 26).

Endlich tritt vom Zeitpunkt des Erscheinens an das Werk in die geistige Gemeinschaft ein und wird dadurch die volle Ausschliesslichkeit der Verfügung dem Autor insofern geschmälert, als eine gewisse partielle Mitbenutzung dritten Personen jetzt nicht mehr verwehrt ist, während das unveröffentlichte Werk für Dritte ein absolutes Noli me tangere bildet.

Der Begriff des Erscheinens bestimmt sich nach §. 6 verschieden für gewöhnliche Schriftwerke und Vorträge (cf. §. 24 lit. 3), andererseits für musikalische und Bühnenwerke, sowie Werke der bildenden Kunst.

Erstere sind erschienen erst mit der rechtmässigen Herausgabe, d. h. mit Verbreitung unter Wissen und Willen des Berechtigten [2]). Man wird hinzufügen müssen, dass die Verbreitung erfolgt sein muss durch mechanische Vervielfältigung, nicht mittelst Handcopien. Zwar gilt (§. 25 lit. 4) auch die Herstellung von Einzelabschriften, wenn sie in der Absicht auf Vertrieb erfolgt, als Eingriff in das Urheberrecht; aber diese zu Gunsten des Autors aufgestellte Regel kann nicht ohne Weiteres auch zu seinen Ungunsten angewendet werden und die für ihn rechtsmindernde Thatsache der Veröffent-

[1]) Hiezu ist jedoch der Abschnitt von der Anonymität zu vergleichen.

[2]) Also nicht schon mit einer etwaigen öffentlichen Recitation. Anders nach deutschem U.R. Gierke 791 n. 13.

lichung begründen. Und positiv entscheidend ist, dass Niemand ein Werk »herausgegeben« nennen wird, so lange es nur in Abschriften circulirt. — Auch muss die Verbreitung den Character der Oeffentlichkeit an sich tragen, ein Erforderniss, das in der Regel durch den eigentlichen Verlag hergestellt wird, allenfalls aber auch durch massenhafte unentgeltliche Vertheilung hergestellt werden kann. Die Vertheilung an bestimmte Personen ist noch keine Verbreitung oder Herausgabe im Rechtssinn. Aeusserlich constatirt wird dies häufig durch die Bezeichnung »als Manuscript gedruckt«, eine Erklärung, die früher insbesondere bei musikalischen und dramatischen Werken zur Wahrung des Aufführungsrechts üblich war, aber auch heute noch nicht bedeutungslos ist [1]).

Musikalische und Bühnenwerke dagegen gelten als erschienen bereits mit der ersten rechtmässigen öffentlichen Aufführung; Werke der bildenden Kunst und Photographie mit der rechtmässigen öffentlichen Ausstellung.

B. Inhalt des Veröffentlichungsrechts.

So lange die Publication in der oben bezeichneten Art vom Autor resp. dessen Rechtsnachfolger nicht vollzogen ist, ist jedem Dritten die Veröffentlichung untersagt, sowohl die vollständige, als die theilweise; selbst jene öffentliche Benutzung des Autorwerkes ist ausgeschlossen, welche wie sofort zu besprechen, bei publicirten Werken nicht als unerlaubte Benutzung gilt.

Hievon statuirt unser Gesetz jedoch eine Ausnahme. Obwohl Vorträge noch nicht als veröffentlicht gelten, wenn sie abgehalten wurden, so lange sie nicht (in mechanischen Vervielfältigungen) herausgegeben sind (§. 6, cf. §. 23 tit. 3), ist doch die Inhaltsangabe eines öffentlich gehaltenen Vortrags Jedermann erlaubt. Man wird nicht fehlgehen, eine solche Inhaltsangabe auch bei öffentlich recitirten Bühnenwerken,

[1]) S. unten S. 198.

obwohl auch diese hiemit noch nicht als erschienen gelten, hienach für zulässig zu halten.

Wie ist es rechtlich zu beurtheilen, wenn der zur Publication Ermächtigte die Grenzen seiner Ermächtigung überschreitet; also bei Publication vor dem festgesetzten Termin oder an anderem Ort [1]), oder mit Weglassungen oder Veränderungen, oder mit anderem Titel; oder eines als kryptonym gedachten Werkes unter dem Namen des Verfassers, oder eines Werkes unter falschem Namen [2])? Es ist hier immer die Frage im Auge zu behalten, ob eine solche bloss qualitativ ungerechtfertigte Publication im Sinne unseres Gesetzes einen Eingriff in das Urheberrecht oder bloss eine Verletzung des Vertragsrechts darstellt, was insbesondere für die Frage der Strafbarkeit von Wichtigkeit ist. Ersteres, also eigentlichen und zu pönalisirenden Eingriff wird man statuiren müssen bei (doloser) vorzeitiger Publication; denn zu der Zeit, wo sie erfolgt, soll eben überhaupt noch nicht publicirt werden. Ebenso wenn eine Veröffentlichung mit unerlaubten Veränderungen des Werkes erfolgte. — Complicirter liegt die Frage, wenn die Publication an vertragswidrigem Ort geschah. Hier kann zunächst die Vertragsverletzung die Bedeutung haben, dass die Veröffentlichung in einem anderen Rechtsgebiet vor sich geht als sie sollte. Da dies zumeist auf die Rechtsstellung des Autors nicht ohne Einfluss sein wird, hat der österreichische Richter, soweit die Frage vor sein Forum kommt, nicht bloss nach §. 6 das Werk als im Ausland nicht erschienen zu behandeln, sondern es liegt zweifellos auch ein Eingriff in das Autorrecht vor. Wurde dagegen der Publicationsort innerhalb desselben Rechtsgebiets in unerlaubter Weise verlegt, so kommt es darauf an, ob die Festsetzung desselben nach den Umständen

---

[1]) Besonders wichtig einerseits für die Frage des internationalen Schutzes, sodann für die Aufführung von Bühnenwerken oder Abhaltung von Vorträgen.

[2]) Vgl. oben S. 119 fg.

als ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung des Vertrags angesehen werden kann, oder nicht; denn im ersteren Fall darf ja nur unter dieser Bedingung das Werk überhaupt erscheinen. Bei Druckwerken wird man dem Ort der Publication diese Bedeutung kaum jemals beilegen können; wohl aber bei Bühnenwerken, wenn die Instradirung an einer bestimmten Bühne als für den Erfolg des Werks entscheidend gedacht war [1]), was freilich nicht immer der Fall zu sein braucht. — Nach dem letztgenannten Princip wird man auch die Nichteinhaltung anderer Clauseln beurtheilen müssen, wie die der Inscenirung mit bestimmten Schauspielern [2]), eine bestimmte Form der Ausstattung eines Druckwerkes u. s. w.

Die Veröffentlichung unter falschem Namen kann das Delict des §. 53 begründen. Wird ein als kryptonym beabsichtigtes Werk alethonym publicirt, so liegt bloss eine Verletzung des Individualrechts vor, wiederum den Fall der cassatorischen Clausel ausgenommen, durch die der Autor eine andere als anonyme Veröffentlichung (ausdrücklich oder stillschweigend) untersagt [3]). Auch die Veröffentlichung eines zum alethonymen Erscheinen bestimmten Werkes als kryptonymen wird jedenfalls das Individualrecht verletzen, und dies thut sie in sehr ausgiebiger Weise, indem sie den Autor der Rechtsvermuthung seiner Urheberschaft beraubt. Ausserdem aber gefährdet sie auch die Herrschaft über das Werk, indem sie,

---

[1]) Vorausgesetzt ist hiebei, dass das Aufführungsrecht auch für die Bühne übertragen war, wo die Erstaufführung wirklich stattfindet; andernfalls läge schon eine Verletzung des Aufführungsrechts vor.

[2]) Wo aber eine stillschweigende Bedingung wenigstens gegenüber dem Fall nicht anzunehmen sein dürfte, wenn durch Erkrankung des Schauspielers die Bühne gezwungen würde, eine bereits angesagte Vorstellung mit eigenen Opfern hinauszuschieben.

[3]) Wenn z. B. ein bei einem bestimmten Publicum missliebiger Bildhauer bei Nennung seines Namens Beschädigungen seines Werkes befürchten muss, ist es klar, dass schon die gesicherte Herrschaft über sein Erzeugniss den urheberrechtlichen Schutz dieser Abrede verlangt.

wenigstens nach aussen[1]), Veranlassung gibt, dasselbe nach der für anonyme Werke geltenden kürzeren Schutzfrist zu beurtheilen; und wenn auch der Autor dem durch Eintragung seines Namens in das Register des §. 44 vorbeugen kann, so kann er doch hiezu weder gehalten sein, noch ist es sicher, ob diese Massregel im Ausland überall die gewünschte Wirkung mit sich bringt.

II. Vervielfältigung (bei Werken der Literatur und der Tonkunst).

A. Das Vervielfältigungsrecht enthält die ausschliessliche Befugniss des Urhebers, von dem literarischen oder Tonwerke eine Mehrheit von Exemplaren zum Zwecke der Verbreitung herzustellen. Dementsprechend ist die Vervielfältigung anderen Personen verboten. Verboten ist aber allerdings nur jene Vervielfältigung, welche in der Absicht auf Verbreitung erfolgt; denn an sich ist ja die Vervielfältigung — beispielsweise die zum persönlichen Gebrauch — eine indifferente und darum auch für den Autor unschädliche Handlung; erst die dazu tretende Absicht auf Verbreitung gibt ihr den juristischen Character. Dies geschieht aber auch durch jede Verbreitung; nicht bloss die entgeltliche, sondern auch durch die unentgeltliche; also sind auch Vervielfältigungen zum Zweck des Verschenkens oder Verleihens verboten. Und ebenso ist die Form der Vervielfältigung — ob mechanisch (Druck, Stich, Auto- und Hektographie u. s. f.), oder manuell (Abschrift) — nebensächlich[2]).

a) Als verboten gilt (§. 25 lit. 4) auch die Herstellung einzelner Vervielfältigungen, wenn deren Vertrieb beabsichtigt ist; fehlt diese Absicht, so ist ihre Anfertigung erlaubt.

---

[1]) In Wahrheit gilt freilich das Werk als nicht »erschienen«; s. oben S. 172 N. 1.

[2]) Dagegen würde die Uebertragung eines Werks auf den Phonographen und Wiedergabe durch diesen keine Vervielfältigung sein, sondern Recitation und wäre daher nur in dem Umfang unerlaubt wie diese (vgl. §. 23 al. 3; andererseits §. 36).

Ob diese Einzelvervielfältigung im mechanischen oder im manuellen Weg erfolgt, ist, wie die Natur der Sache und zum Ueberfluss eine Aeusserung der Reg.Mot. zeigen, nebensächlich. Also kann der einzelne Abzug eines Drucksatzes erlaubt, die einmalige Abschrift verboten sein, je nach der dabei obwaltenden Intention. Um so ernsthafter ist der Ausdruck »Einzelvervielfältigung« zu betonen; zweifache Abschrift behufs Verbreitung ist nicht mehr Einzelvervielfältigung[1]). Keinesfalls darf man also diesen Terminus anders als wörtlich, etwa in der Bedeutung einer geringen Zahl von Copien nehmen; damit wäre, wenn diese Jedem gestattet würden, das Autorrecht bald aus den Angeln gehoben.

Mit der zwei- und mehrfachen Copiatur ist aber die zwei- und mehrmalige nicht zu verwechseln. Erstere setzt die von vornherein auf wiederholtes Copiren gerichtete Absicht voraus; wenn es an dieser fehlt, sondern Jemand zu verschiedenen Zeiten mehrmals, aber nur je einfach copirt, ohne dass die einzelnen Acte durch eine einheitliche Absicht innerlich verbunden wären, so liegen nur mehrere Einzelvervielfältigungen vor, und diese können nach Umständen erlaubt sein.

Massgebend für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit von Einzelvervielfältigungen ist das Ab- oder Vorhandensein der auf Vertrieb gerichteten Absicht. Diese ist nun näher zu bestimmen.

Der Vertrieb setzt gewerbsmässiges Unternehmen und damit die auf Gewinn gerichtete Absicht voraus. Es folgt von selbst, dass unentgeltliche Ueberlassung — Schenkung oder Verleihen — der Einzelvervielfältigung immer gestattet ist.

Unwesentlich für den Begriff des Vertriebes ist dagegen

---

[1]) Der scheinbare Widerspruch des Terminus »Einzelvervielfältigung« verschwindet bei der Erwägung, dass das Original mit der Wiedergabe zusammen in der That bereits eine Mehrheit von Exemplaren ausmacht.

der quantitative Umfang seines Objectes. Zwar scheint dem Commissionsbericht des H.H. das Entgegengesetzte vorzuschweben, wenn er unter Vertrieb versteht »die Verbreitung eines Artikels in grösseren Mengen, während einzelne Stücke zwar veräussert, aber nicht vertrieben werden können«. Indessen ist dies mindestens sehr ungenau. Als feststehend kann vielmehr betrachtet werden, dass der Begriff des Vertriebes keine objective, sondern eine subjective Grundlage hat; er ist nicht gegeben durch den Umfang des Umsatzes, sondern durch die gewerbliche Intention des Umsetzenden. Folglich kann auch eine einzelne Vervielfältigung vertrieben werden, wie ja im Grunde der Gesetzestext selbst voraussetzt; es ist das der der Fall, wenn die Absicht auf wiederholte entgeltliche Verbreitung dargethan ist, wie es z. B. durch öffentliches Anerbieten auf Herstellung von Abschriften, Anlage eines Verkaufsbuches u. dgl. geschehen kann. Insbesondere liegt dies auch vor, wenn Jemand von verschiedenen Werken nur je eine Vervielfältigung in gewerblicher Absicht angefertigt hat. Uebrigens kann der Gewerbebetrieb nicht bloss im Verkauf, sondern auch im Vermiethen bestehen. — Fehlt es andererseits an der gewerblichen Absicht, so kann die wenngleich entgeltliche Veräusserung einer Einzelvervielfältigung erlaubt sein.

Diesen Grundsätzen gemäss ist auch die für das deutsche Recht streitige Frage bei uns ziemlich leicht zu entscheiden, ob es erlaubt ist, dass der Leiter eines gewerblichen Unternehmens innerhalb seines Betriebes Einzelvervielfältigungen an seine Angestellten vertheilt. Man hat hiebei insbesondere meist das Ausschreiben von Noten, Instrumental- und Singstimmen seitens der Direction eines Theaters oder einer Concertkapelle für die Schauspieler und Musiker im Auge. Wenn im Gebiet des deutschen Rechts diese Frage nach dem Wortlaut des dortigen Gesetzes zweifelhaft sein kann, welches (§. 4, al. 3) das Abschreiben schon dann verbietet, »wenn es dazu

bestimmt ist, den Druck zu vertreten«[1]), so kann für unser Gesetz es nicht bestritten werden, dass diese wenngleich in Ersparungsabsicht vorgenommenen Vervielfältigungen doch nicht als auf eigentlichen Vertrieb berechnet anzusehen sind, und möchte selbst ein Theaterdirector die Absicht haben, sie mit seinem Unternehmen zusammen zu verkaufen; denn einmaliger Verkauf ist noch kein Vertrieb und die Aushändigung der Stimmen an die Angestellten, wenngleich im Zusammenhang eines Gewerbebetriebs erfolgend, doch nicht Gegenstand eines solchen. De lege ferenda würde allerdings die Unerlaubtheit derartiger Manipulationen sehr wünschenswerth sein. Und jedenfalls ist gerade mit Rücksicht auf diese Verhältnisse und Gebräuche unser Gesetz den Autoren ungünstiger, als das deutsche. Denn wenn selbst nach dem letzteren das Abschreiben für das eigene Theater für erlaubt zu halten sein sollte, so wäre es doch sicher unerlaubt, eine solche, wenngleich einzelne Abschrift einem anderen Theater weiter zu leihen, während nach unserem Gesetz sich selbst hiegegen leider nichts einwenden liesse.

b) Wenn nach den vorstehenden Ausführungen unter Umständen auch die bloss manuelle Abschrift verboten ist, so ist selbstverständlich, dass auch die theilweise Abschrift unter das Verbot fallen kann. Denn überhaupt gilt der Grundsatz, dass die Vervielfältigung, oder, wie mit einem zwar nicht ganz congruenten, weil die Abschrift nicht umfassenden, aber für die Regel der Fülle zutreffenden Ausdrucke gesagt werden kann, der Nachdruck eines Werkes nicht bloss in Bezug auf das Ganze, sondern auch auf die einzelnen Theile (partieller Nachdruck) verboten ist.

Vorausgesetzt ist dabei, dass der wiedergegebene Theil

[1]) Vgl. einerseits für die Unerlaubtheit Kohler, Arch. f. civ. Prax. 85, 422 f. und die daselbst mitgetheilte Entscheidung des hanseatischen Oberlandesgerichts; andererseits für die Erlaubtheit R.G.E. in Civ.S. 20, 100; vgl. Strafs. 14, 36 f.



des fremden Werkes sich noch als selbständiger Gegenstand des Autorrechtes darstellt, worüber auf das frühere zu verweisen ist. Vorausgesetzt ferner, dass die Wiedergabe nicht in blosser Ausübung des an veröffentlichten Werken Jedermann zustehenden Usus publicus erfolgt ist (s. unten S. 187 f.).

c) Dass auch der verschleierte Nachdruck verboten ist, d. h. ein solcher, der durch äusserliche Veränderungen die innere Identität der Vorstellungsreihen zu verdecken sucht, ist selbstverständlich. Ebenso sind sowohl unselbständige Bearbeitungen [1]) als Auszüge verboten.

d) Die nicht durch den Verlagsvertrag gedeckte Neuauflage eines vergriffenen Werkes, sowie die Ueberschreitung der festgesetzten Stärke der Auflage [2]) sind gleichfalls als Nachdruck characterisirt (§. 24, lit. 4 u. 5).

e) Verboten ist der Nachdruck auch dann, wenn er veranstaltet ist behufs Verbreitung in einem Land, welches den Urheber nicht schützt, wie in dem Fall R.G.E. in Straff. 9. 113, wo eine Leipziger Druckerei ihn für eine ausländische Verlagshandlung herstellte. Nur darf man das nicht, wie das Reichsgericht thut, damit begründen, dass der Nachdruck nach internationaler Rechtsanschauung verboten sei (s. oben S. 107, Anm. 1). Der wahre Grund ist vielmehr, dass das inländische Gesetz den Autor schützen will, so weit es in

---

[1]) Wenig glücklich ist dies ausgedrückt in §. 24 lit. 3, welcher die Herausgabe von Bearbeitungen für unerlaubt erklärt, welche nur das fremde Werk oder dessen Bestandtheile wiedergeben, ohne die Eigenschaft eines Originalwerks zu besitzen. Darnach würden Bearbeitungen, welche nicht nur das fremde Werk wiedergeben, sondern Zusätze enthalten, erlaubt sein! Offenbar war zunächst an solche »Bearbeitungen« gedacht, wie eine Umwandlung eines Romans in ein Drama, welche unter vollständiger Festhaltung der gegebenen Entwicklung erfolgt und auch den Dialog noch abschreibt; aber das ist offenbar viel zu eng. Richtiger wäre gesagt worden, dass jede Bearbeitung einen Eingriff enthält die den gegebenen Stoff nicht vollständig absorbirt und neugestaltet.

[2]) Zu dieser letzteren Frage ist es von Interesse den Standtpunkt der Verleger (in den citirten Publicationen des B.V. p. 58 f.) kennen zu lernen.

seiner Macht steht, und darum dem Inländer jede Beihilfe zu der ausländischen Concurrenz untersagt.

B. Das ausschliessliche Vorrecht der Vervielfältigung ist bei veröffentlichten Werken der Literatur und Tonkunst insofern beschränkt, als an solchen ein gewisser Usus publicus besteht. Veröffentlichte Werke sind dazu bestimmt, auf das gesammte geistige Leben einzuwirken, und diese einmal durch die Publication bewirkte Widmung ist unwiderruflich. Der Mitgebrauch der Gesammtheit ist in unserem Gesetz insbesondere in §§. 25 u. 33 näher geregelt. Danach sind gegenüber erschienenen Werken — anders bei nicht erschienenen, wegen der unbedingten autorrechtlichen Prärogative der Veröffentlichung — folgende Benutzungen gestattet:

a) Das wörtliche Citat einzelner Stellen oder kleinerer Theile. Als äusserste Schranke hiefür wird die sub b) zu erwähnende: »bis zu einem Druckbogen« des Originals, anzunehmen sein.

b) Die Aufnahme einzelner erschienener Werke oder Skizzen oder Zeichnungen aus einem solchen in einem durch den Zweck gerechtfertigten Umfang in ein grösseres Ganze, sofern sich dieses nach seinem Hauptinhalt als selbständiges, wissenschaftliches Werk darstellt, ferner in gewisse Sammlungen, welche aus Werken mehrerer Urheber veranstaltet werden — und zwar bei literarischen Werken bis zu einem Druckbogen des Originals. Es besteht jedoch bezüglich der Aufnahme in Sammlungen ein wesentlicher Unterschied zwischen literarischen und Tonwerken.

Bei ersteren ist erlaubt (§. 25 lit. 2), die Incorporation in »Sammlungen, welche zum Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauche, ferner zu einem literarischen oder künstlerischen Zweck [1]) veranstaltet werden«. Das ist so umfassend,

[1]) Der künstlerische Zweck fehlt im deutschen R.G. Dazu Dambach 82; Scheele 48.

dass sich kaum eine Sammlung wird finden lassen, wo der Entlehnung etwas im Wege stände; auch Anthologien, Commersbücher u. dgl. gehören hieher (vgl. Drucksachen des deutschen Reichstags 1871, II. 138, p. 7 u. 37).

Tonwerke dagegen (§. 33, lit. 3) unterliegen nur der Aufnahme in solche Chrestomathien, welche zur Benutzung in Schulen bestimmt sind, und auch davon sind solche für Musikschulen ausgenommen. Die Gründe dieser besonderen Beschränkung liegen auf der Hand [1]).

Unter allen Umständen verboten ist die Aufnahme erschienener Werke in Druckschriften, die weder zur Kategorie der wissenschaftlichen Werke, noch zu den bezeichneten Sammlungen gehören, z. B. Zeitungen [2]).

Uebrigens besteht die Verpflichtung, den Urheber oder die benutzte Quelle anzugeben; diese ist jedoch nicht autorrechtlich, sondern nur individualrechtlich sanctionirt (§. 51 u. 52).

c) Gestattet ist die Inhaltsangabe eines erschienenen Werkes oder öffentlich gehaltenen (wenn auch nicht »erschienenen«, §. 6) Vortrags. Wohl zu unterscheiden vom Auszug, §. 24 lit. 3, eine Unterscheidung, die praktisch oft sehr schwierig sein dürfte.

d) Gestattet die Herstellung einzelner Vervielfältigungen, deren Vertrieb nicht beabsichtigt wird (s. oben S. 182 f.).

e) Gestattet ist endlich der Abdruck des zu einem Tonwerke gehörenden, bereits früher veröffentlichten Textes, wenn er in Verbindung mit dem Tonwerk oder nur zum Behufe der Benutzung bei Aufführung des Tonwerkes mit Andeutung dieser

---

[1]) Es kommt in Betracht: a) Notendruck ist sehr viel theuerer als Buchdruck, daher gegenüber der Concurrenz der Anthologien weniger widerstandsfähig, zumal b) Dilettanten schon wegen der technischen Schwierigkeiten sich zumeist mit der Wiedergabe der »schönen Stellen« begnügen, welche zweifelsohne in den Sammlungen sorgfältig herausgepflückt werden würden.

[2]) Vgl. R.G.E. in Strafs. 3, S. 79. — Entgegengesetzt Pat. 1846 §. 5 lit. b.



Bestimmung erfolgt. Ausgenommen die Texte zu Oratorien, Opern, Operetten und Singspielen.

Hiemit ist gestattet die Composition nach gegebenen Texten, welche dem Tonsatz sowohl nach den Gesangsnoten vertheilt, als in geschlossenem Druck mitgegeben werden können. Separater Abdruck des Textes ist nur zum Zweck der Aufführung gestattet; in letzterem Fall ist die Andeutung der bloss ephemeren Bestimmung nothwendig, um den Thatbestand des Nachdrucks auszuschliessen [1]).

Mit der Ausnahme für Opern-, Operetten-, Singspiel- und Oratorientexte [2]) ist gemeint, dass diese, da ihr eigentlicher pecuniärer Werth eben in der Verwendung zu Compositionen liegt, ohne Zustimmung des Dichters nicht sollen benutzt werden können. Für Opern-, Operetten- und Singspieltexte ergibt sich dieses Resultat nun auch theilweise schon aus §. 30;

[1]) Dadurch unterscheidet sich diese Vorschrift von jener der Quellenangabe §. 25. lit. 2; die unterlassene Quellenangabe ist nur als Individualrechtsverletzung behandelt §. 51 lit. 1.

[2]) Unbedingt compositionsfrei ist also das Lied. Die legislative Frage nach der Freiheit, fremde Lieder zu componiren, eine Frage, die die französische Praxis stets verneint, die germanische Gesetzgebung (Nachweisungen bei Schuster 244) bejaht hat, ist in neuester Zeit zwischen Schuster a. O. (pro) und Kohler, Arch. f. civ. Prax. 84, 232 (contra) streitig geworden. Da es in der Natur des Liedes liegt, das Gefühl anzuregen und in Töne überzugehen, bin ich geneigt mich für Schuster zu entscheiden, wobei ich allerdings nicht verkenne, dass bei dem ästhetisch minder gebildeten Publikum selbst eine gute Composition dem Verständniss der rein dichterischen Schönheiten einen bedenklichen Eintrag thut. Die herrlichen Assonanzen z. B. in Goethes »Kennst du das Land« gehen selbst bei edleren Compositionen als jener von Ambroise Thomas unrettbar verloren und selbst Schuberts »Erlkönig« dürfte der Würdigung der Ballade wenig genützt haben. Das Bewusstsein, dass der Text auch ohne Musik genossen werden kann, mag den Dichter wenig beruhigen, wenn er sieht, dass bei den ersten Worten Jeder die Melodie zu trällern anfängt. Indessen sind es doch nur verhältnissmässig wenige Dichtungen, die so hoch stehen, dass sie selbst unter guten Compositionen (schlechte sind auf die Dauer nicht gefährlich) leiden würden, und bezüglich dieser lässt sich richtiger durch eine Hebung des Stilgefühls in unserer Bildung helfen, als durch eine immerhin unnatürliche Ausschliessung der Musik von einem Gebiet, das ihr nun einmal in erster Linie gehört.

nämlich insofern als sie Bühnenwerke sind, und die autorrechtliche Prärogative der öffentlichen Aufführung besteht. Indessen ist es klar, dass durch §. 30 nicht jede musikalische Verwerthung dieser Texte verboten ist; nämlich nicht die nicht dramatische, im Concertsaal stattfindende Aufführung componirter Operntexte. Und gar nicht berührt sind in §. 30 die Oratorientexte. Soweit nun §. 30 nicht eingreift, ist durch das Verbot des Textabdruckes die Aufführung einer Composition derartiger Vorwürfe wohl factisch sehr erschwert und daher auch für den Dichter ungefährlich gemacht, aber keineswegs ganz ausgeschlossen, da man unzweifelhaft einen componirten Text auch ohne Nachdruck musikalisch aufführen kann[1]).

f) Die Dramatisirung erzählender Literaturwerke (Epen, Romane) ist erlaubt. Das Gesetz enthält zwar hierüber keine Bestimmung; die Redactionsgeschichte aber zeigt, dass der §. 22 der Reg.-Vorl., welcher dem Autor das Dramatisirungsrecht vorbehielt, im H.H. gestrichen wurde, weil man es schwierig fand, zwischen »eigentlicher Dramatisirung, d. h. Umgiessung der Handlung eines erzählenden Literaturwerkes in die Form eines dramatischen« und blosser Benutzung einer fremden Fabel, welche jedenfalls erlaubt sein muss, zu unterscheiden. De lege ferenda ist dies gewiss zu missbilligen; so wenig man es bei einem Werk der bildenden Kunst zu schwer findet, zwischen der gestatteten Verwerthung des fremden Motivs und der unerlaubten Nachbildung der besonderen Gestaltung zu unterscheiden, welche dieses in einem Kunstwerk gefunden hat, so wenig sollte dies bei einem literarischen Werk für unpracticabel gelten[2]) und man fragt sich, welches

[1]) Z. B. dadurch, dass man die Stimmtexte aus gedruckten Exemplaren herausschneidet; unter Umständen (s. oben S. 182 f.) auch noch dadurch, dass man sie abschreibt.

[2]) Da eine wirklich wirksame und erfreuliche Dramatisirung eines erzählenden Werks ohne freie Umgestaltung der inneren Entwicklung kaum denkbar ist, so wird der Beurtheiler seine Empfindungen nur zu analysiren brauchen, um diese Umgestaltung im Einzelnen nachzuweisen. — Es ist das Ver-

denn der Zweck der nach §. 63 zu bildenden Sachverständigencollegien in Urhebersachen sein soll, wenn man ihnen nicht zutraut, über derartige, selbst dem kunstsinnigen Laien in der Regel nicht zu schwierig erscheinende Fragen zu entscheiden. Da das Wesentliche des epischen und dramatischen Kunstwerkes nicht in der äusseren Form liegt — ob erzählend oder dramatisch — sondern in der Idee, der künstlerischen Erfüllung eines äusseren Geschehens mit den Bildern des menschlichen Thuns und Leidens, so sollte man eine Dramatisirung für unerlaubt halten, bei der jenes Geschehen und diese Bilder im gleichen Verhältniss stehen, wie in einem älteren Epos. Im einzelnen Fall wäre das Augenmerk darauf zu richten, ob die Anlage und Entwicklung der Charactere, die Vorbereitung und Lösung der Conflicte u. s. f. übereinstimmen, wobei eine untergeordnete Verschiebung der Motive gleichgiltig sein kann. — Indessen ist nach dem oben Gesagten für unser Recht dieser sachlich allein richtige Gesichtspunkt ausgeschlossen. Man könnte zwar, da das Gesetz selbst die Dramatisirung nicht ausdrücklich erlaubt, versucht sein, ungeachtet der Redactionsgeschichte, das sachlich wünschenswerthe Resultat — nämlich das Verbot — aus dem §. 24, al. 3 herauszulesen, wonach untersagt ist »die Herausgabe einer Bearbeitung, welche nur das fremde Werk und dessen Bestandtheile wiedergibt, ohne die Eigenschaft eines Originalwerks zu besitzen«; man müsste sich dabei nur auf den Standpunkt stellen, dass eine nicht bloss die fremde Fabel, sondern die Entwicklung der Idee benutzende Dramatisirung trotz der verschiedenen Kunstform doch im höheren künstlerischen Sinne kein Originalwerk ist. Indessen muss man kein besonderer Freund der Motiven-

---

dienst von Kohler (Kunstwerk 100 fg.) und Osterrieth (Altes und Neues 74), für diese Einschränkung der Dramatisationsfreiheit eingetreten zu sein. Die Praxis freilich steht auch in Deutschland auf dem entgegengesetzten Standpunkte R.G.E. in Strafs. 8, 428 ff.; Dambach, Fünfzig Gutachten Nr. 43 und 44. — Ueber Dramatisirung eines Werks in fremder Sprache nach Eintritt der Uebersetzungsfreiheit Kohler ebenda 109.

benutzung bei Gesetzinterpretationen sein, um doch zu gestehen, dass eine so weitgehende Ignorirung der Redactionsgeschichte unzulässig wäre; was in einer der gesetzgebenden Körperschaften mit Bewusstsein aus der Reg.-Vorl. gestrichen und von der anderen, wie man doch wohl annehmen muss, mit dem gleichen Bewusstsein nicht wieder hergestellt wurde, kann nicht in das Gesetz hineingetragen werden.

Unbedingt verboten dagegen ist, wie die H.H.-Motive selbst hervorheben, nach dem Wortlaut des §. 24, al. 3 eine soi disant Dramatisirung — richtiger gesagt Adaptirung — welche der Vorlage mechanisch bis in die Einzelheiten der Gedanken folgt, z. B. den Dialog abschreibt [1]).

Mitunter wird behauptet, dass die unerlaubte Dramatisirung immer nur einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht darstellt; dass dagegen der Autor des Romans nicht das Recht habe, die Aufführung derselben zu untersagen [2]). Man will das begründen mit der Behauptung, dass ein Aufführungsverbot ein Aufführungsrecht voraussetzt, dieses aber nur einem dramatischen Werk zustehen kann, was der Roman eben nicht ist. Normalerweise nun denkt man freilich nur an Bühnenwerke, wo es sich um das Recht der theatralischen Darstellung handelt; aber eben nur deswegen, weil man die Complication, dass ein episches Werk in unrechtmässiger Weise bühnenfähig gemacht wird, nicht ins Auge zu fassen pflegt. Wo dies jedoch geschehen ist, muss auch die Aufführung als Eingriff in das Urheberrecht am Epos betrachtet werden; zumal ja dessen Autor beabsichtigen kann, dasselbe seinerseits für die Bühne zu bearbeiten und dann um den ganzen Ertrag dieser Bearbeitung gebracht werden könnte. Vgl. §. 30.

Ganz analog der Dramatisirung ist auch jede andere Uebertragung eines literarischen Kunstwerks in eine neue literarische

---

[1]) Beispiele bei Dambach, Fünfzig Gutachten Nr. 43 und 44.

[2]) Klostermann, Urheberrecht 67; Scheele 136.

Kunstform zu beurtheilen; z. B. Versificirung. Die blosse Ueberführung eines Werks aus der ungebundenen Rede in die gebundene sollte de lege ferenda nicht gestattet sein, wenn nicht hiebei eine selbständige nicht bloss formale, sondern stoffliche Neugestaltung eintritt, was bei guten dichterischen Behandlungen wohl stets wird der Fall sein müssen. Nach unserem Gesetz dagegen, dessen Intention dahin geht, jede auch nur formale Neugestaltung für erlaubt zu erklären, wird man der Versificirung nichts in den Weg legen können, dafern sie sich nur nicht als sklavische Nachahmung selbst der Diction, als gereimter Nachdruck darstellt.

g) Was die Bearbeitung von Tonwerken betrifft, so erklärt das Gesetz in §. 32 lit. 1 für unerlaubt die Herausgabe von Auszügen, Potpourris und Arrangements; für erlaubt dagegen in §. 33 lit. 1 die Herausgabe von Variationen, Transscriptionen, Phantasien, Etuden und Orchestrirungen, insofern sie als eigenthümliche Werke der Tonkunst sich darstellen.

Der Gedanke ist ersichtlich beidemal der: Was Wiedergabe eines fremden Tonwerks als solches ist, muss verboten sein; gestattet dagegen die Benutzung tonkünstlerischer Werke zu freien eigenen Compositionen. Die Aufzählung des Gesetzes bedarf jedoch im Einzelnen der Erläuterung, zumal sie nicht einwandsfrei ist. Sie leidet insbesondere daran, dass den gebrauchten Namen für die verschiedenen Arten musikalischer Bearbeitung ein feststehender eigenthümlicher Werth beigemessen wird, während die Terminologie hier ausserordentlich unbestimmt ist, und verschiedene Leute z. B. unter Potpourri, Etude oder Transscription oft ganz verschiedene Dinge verstehen; ausserdem ist sie keineswegs vollständig, indem die Nomenclatur durch die wenigen hier aufgezählten Namen lange nicht erschöpft wird [1]). Können daher die Aufzählungen des

[1]) Man erinnere sich an die Begriffe Transponirung, Instrumentation, Vocalisation, Choralisation, Reduction, Travestie, Adaptirung u. s. w. Vgl. Schuster p. 71.

Gesetzes überhaupt nur exemplificativ verstanden werden, so handelt es sich um so mehr darum, das Allgemeine in den einzelnen Anwendungen zu erläutern.

αα) Die Transponirung in eine andere Tonart berührt nur die Tonhöhe und den dadurch bedingten Klangeffect [1], nicht dagegen den Tonsatz und ist daher unzulässig. Eine Ausnahme müsste wohl die sog. Transponirung aus Dur- nach Molltonarten (und umgekehrt) machen, insofern dieselbe in der Regel eine Umschaffung des Tonsatzes bedingt [2]. Unerlaubt ist auch die blosse Aenderung der Schriftzeichen (Umschreiben in andere Schlüssel, Ausschreiben bezifferter Bässe u. dgl.).

Hier liegt überall nur mechanische Arbeit vor.

ββ) Die Umsetzung eines Tonwerkes für mehr oder weniger Stimmen, oder für andere Instrumente (Choralisation, Auszug [3]), Transscription, Instrumentation, Orchestrirung, Einrichtung, Arrangement) oder die anderweitige Veränderung der musikalischen Ausdrucksweise bei Gleichbleiben der wesentlichen Gedanken (Simplification, Verstärkung; die eine zum Zweck leichterer Ausführung, die andere behufs grösserer Klangfülle vorgenommen) enthalten eine Wiedergabe des fremden Kunstwerks und sollen daher unerlaubt sein [4]), obwohl hier bereits eine selbständige geistige Arbeit vorliegen kann, welche

---

[1]) Die Verschiedenheit des Klangeffects auf verschiedenen Tonstufen hat bekanntlich Schubardt im Einzelnen zu verfolgen gesucht, ohne jedoch über subjective Behauptungen hinauszugelangen. Vgl. darüber und dagegen Schumann, Ges. Schriften (ed. Jansen 1891) 1, 93 f.

[2]) Mit absoluter Sicherheit ist nur eine Transposition nach Moll gegeben: diejenige, welche durch die Lesung des Notenblattes im Spiegel erfolgt. (Mach, populär-wissensch. Vorlesungen 1896, p. 112 fg.)

[3]) Ueber den musikalisch-technischen Begriff des Auszugs, der niemals ein blosses Bruchstück bedeutet, s. Mandry 198, Schuster 71. In unserem Gesetz allerdings hat der verbotene »Auszug« (§. 32 lit. 1) nicht den technischen Sinn, sondern soll die Zusammenstellung ausgesuchter Theile bedeuten (Mot. der R. V. ad h. l.).

[4]) Sie enthalten diese Wiedergabe in noch höherem Grade als die Uebersetzung einer Dichtung oder der Stich nach einem Gemälde; darüber sehr gut Schuster 179—181.

Gegenstand eines eigenen Urheberrechts zu werden vermag [1]). Damit stimmt im Wesentlichen auch unser Gesetz überein, das in §. 32 lit. 1 die Herausgabe von Arrangements für einen Eingriff in das Urheberrecht erklärt. Eine bedauerliche Ausnahme besteht bezüglich der Orchestrirungen, welche in §. 33 lit. 1 zu den erlaubten Bearbeitungen gezählt sind. Und zwar gilt letzteres so gut wie unbedingt; denn der der Stelle angehängte Bedingungssatz »sofern sie als eigenthümliche Werke der Tonkunst sich darstellen«, kann der Natur der Sache nach nicht auf die Orchestrirungen, sondern nur auf die übrigen daselbst erwähnten Bearbeitungen (Variationen, Transscriptionen u. s. f.) bezogen werden, da die Orchestrirung als solche niemals ein eigenthümliches Werk der Tonkunst repräsentiren kann. Da in Wahrheit die Orchestrirung nichts anderes ist als ein Arrangement, kann man die unkünstlerisch gedachte Singularität, die hier vorliegt, in keiner Weise rechtfertigen.

γγ) Die Ergänzung fremder Tonwerke kann entweder aus der bloss bruchstückweisen Composition eines Ganzen dieses Ganze herstellen, oder eine unvollständige Composition (Skizze) durch Hinzufügung fehlender Stimmen u. dgl. vervollständigen. Das letztere wird mitunter gleichfalls Instrumentation genannt. Hier liegt offenbar eine theilweise selbständige Tondichtung vor; aber da das Ganze doch auch die fremden Bestandtheile mitenthält, so ist eine Verfügung über dieses Ganze ohne Eingriff in das fremde Urheberrecht nicht möglich. Sie würde partiellen Nachdruck, partiell unbefugte Aufführung bedeuten. Ausgenommen ist der Fall, der sich hier leicht ergeben kann, dass die Bearbeitung sich in Wahrheit zu einer Verarbeitung, einer durchaus freien Composition über fremde Themen erhebt.

Das Gesetz enthält über diesen Punkt keine besondere Bestimmung, die bezeichnete Regelung muss aber der Natur der Sache nach auch bei uns gelten.

---

[1]) S. oben S. 146.

δδ) Die auszugsweise Wiedergabe des im Wesentlichen unveränderten Tonsatzes ist selbstverständlich ein Eingriff. Das Gesetz erklärt als solchen den »Auszug« [1]) und das »Potpourri«. Letztere Bezeichnung ist hiebei verstanden in dem heute üblichen Sinn, als eine, meist auch technisch vereinfachte und auf einzelne Instrumente reducirte Wiedergabe ausgesuchter Bruchstücke aus einem Tonwerk, wobei die selbständige Thätigkeit des Herausgebers sich meist auf Herstellung der nothwendigen Uebergänge durch banale Accordfolgen, Cadenzen und Phrasen beschränkt. Davon ist die freie künstlerische Behandlung gegebener Themen wohl zu unterscheiden, welche namentlich in früherer Zeit wohl auch mit demselben Namen belegt wurde [2]).

εε) Wird eine gegebene Composition künstlerisch so verarbeitet, dass nicht bloss eine eigene tonschaffende Thätigkeit des Bearbeiters vorliegt (was ja im Fall γγ auch schon der Fall ist), sondern diese das Original gänzlich umfasst und als blossen Bestandtheil einer künstlerisch neuen Schöpfung wiedergibt, so gilt diese Behandlung als erlaubt. Hieher gehören zunächst die Variationen über fremde Themen, deren künstlerische Originalität am besten daraus erhellt, dass gerade die grössten Meister in diesem Fach sich mit Vorliebe bethätigt haben; und es ist bei solchen auch der Abdruck des Themas, auf welchem sie sich aufbauen, erlaubt [3]). Dass das Thema in der Variation deutlich erkennbar ist, schliesst ihre künst-

---

[1]) Ueber diesen Terminus s. oben S. 194 Anm. 3.

[2]) S. Patent v. J. 1846 §. 6: Variationen, Phantasien, Etuden, Potpourris, welche als selbständige Geistesproducte angesehen werden. Dazu Schuster 69. — Das im Text bezeichnete Verbot gilt auch dann, wenn das Potpourri aus Motiven verschiedener Tonwerke zusammengewürfelt ist, was nach dem deutschen R.G. §. 46 auffallenderweise erlaubt ist.

[3]) Zwar enthält das Gesetz hierüber keine Bestimmung. Aber wenn nach §. 33 lit. 3 »die Aufnahme einzelner erschienenen Compositionen in einem durch den Zweck gerechtfertigten Umfang in ein nach seinem Hauptinhalt selbständiges wissenschaftliches Werk« zulässig ist, so kann man das Gleiche bei den gestatteten Variationswerken nicht verbieten.

lerische Individualität und damit ihre Existenzberechtigung nicht aus [1]). — Aehnlich erlaubt sind auch sonstige künstlerische Ergehungen über fremde Melodien, Motive u. dgl., z. B. Fugirung, Transscriptionen und Phantasien u. dgl. §. 33 lit. 1 [2]).

III. Recht des Vertriebs.

Obwohl in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein unbefugter Vertrieb fremder Werke bereits auf unbefugter Vervielfältigung beruht, also eine selbständige Rechtsverletzung nicht mehr vorliegt, kommt es doch vor, dass Werke zwar rechtmässig vervielfältigt sind, der Vertrieb jedoch in unbefugter Weise stattfinden würde. Dies sind die Fälle, in welchen das ausschliessliche Vertriebsrecht noch neben dem Vervielfältigungsrecht praktische Bedeutung gewinnt.

Derart ist es z. B., wenn ein Werk im Ausland keinen Autorschutz geniesst, also dort rechtmässig nachgedruckt wurde, und dann die so unanfechtbar hergestellten Exemplare im Inland in Handel gebracht werden. Ebenso ist es im Fall des getheilten Verlagsrechts, das freilich innerhalb des deutschen Sprachgebiets mehr auf dem Gebiet des musikalischen Verlags vorkommt, als auf dem des Buchhandels [3]). Oder, wenn

---

[1]) A. a. Kohler, Autorrecht 224 und dazu Excurs 347. Gegen ihn Schuster 189 f. Von durchschlagender Wahrheit ist namentlich dessen Bemerkung, dass »es eine Art künstlerischer Regel ist, dass sich die Variationen in der Veränderung nur allmählig vom Thema entfernen, hie und da sogar wieder mehr ihm nähern.« Die Betrachtung mustergiltiger Variationen, wie die im Haydn'schen Kaiserquartett oder von Beethoven in der As-dur-Sonate Op. 26, bestätigt dies aufs deutlichste. Natürlich aber kann unter dem Namen Variation sich eine unzulässige, weil ideenlose Paraphrasirung verstecken.

[2]) Ueber die daselbst erwähnte Orchestrirung s. oben S. 195. Die »Etude« ist ein unklarer Begriff; sie kann auch eine selbständige Composition darstellen, und ebenso eine ganz abhängige Paraphrase.

[3]) Eine Ausnahme (Hilty's Glück, Frauenfeld und Leipzig) citiren die Publicationen des Börsenvereins deutscher Buchhändler, Heft 9, p. 54. Richtig wird das getheilte Verlagsrecht behandelt bei Kohler, Arch. f. civ. Prax. 85, 439; unrichtig bei Wächter, Autorr. 227, der hier wie überall den

Jemand Einzelvervielfältigungen, die als solche erlaubt waren, sammelt und in Handel bringt.

Andere Vorkommnisse, die als Beispiele für ein neben den sonstigen Autorrechten noch selbständig dastehendes Vertriebsrecht angeführt werden, sind zumeist schon vom Standpunkt der ausschliesslichen Veröffentlichungsbefugniss unerlaubt. So der Vertrieb von Exemplaren, die der Autor nur für seinen Privatgebrauch (z. B. Correcturen) oder seinen Bekanntenkreis herstellen liess (»Als Manuscript gedruckt«, oder verschenkte Bürstenabzüge; sistirte und als Maculatur verkaufte Drucke)[1]. Im Fall des Verkaufs nachgeschriebener Collegienhefte insbesondere liegt nach österreichischem Recht nicht erst unerlaubter Vertrieb, sondern sowohl unbefugte Veröffentlichung vor, als unbefugte Vervielfältigung (§. 25 lit. 4), und das kann von Wichtigkeit sein für die Frage, in welchem Moment die Strafbarkeit begründet ist.

Ein Eingriff in das Vertriebsrecht liegt nur vor bei gewerbsmässiger Verbreitung. Nicht gewerbsmässige, also insbesondere unentgeltliche Weiterverbreitung eines Werkes kann als Vertrieb nach normaler Ausdrucksweise nicht characterisirt werden[2]. Gewerbsmässige Verbreitung kann aber auch in einem einmaligen Verkaufe liegen, wenn er innerhalb des geschäftlichen Gewerbebetriebs erfolgt[3].

Vertrieb nur dann für verboten hält, wenn die vertriebenen Exemplare schon unrechtmässig hergestellt sind, was zwar in §. 25 R.G. wörtlich steht, aber nicht wörtlich zu interpretiren ist.

[1]) Vgl. Kohler, Arch. f. civ. Prax. 85, 435 f. Doch kann es auch in diesen Fällen nothwendig sein, auf das besondere Recht des Vertriebs zu recurriren, nämlich bei musikalischen und Bühnenwerken, die noch nicht im Druck, aber schon durch Aufführung erschienen sind.

[2]) Wer unentgeltlich verbreitet, kann, wie auch §. 60 zeigt, niemals auf Grund dieses Thatbestandes in Anspruch genommen werden, sondern höchstens insoweit, als er Mitschuldiger des Nachdrucks ist.

[3]) R.G.E. in Strafs. 10, 405.

IV. Uebersetzungsrecht.

Die Uebersetzung ist unbedingt verboten, wenn das Werk zuerst in einer todten Sprache rechtmässig herausgegeben ist und es sich handelt um Uebertragung in eine lebende, §. 29 lit. 2. Der Grund ist der, dass der Verfasser sich offenbar an ein internationales Publicum wenden wollte und durch eine solche Uebersetzung einen Theil seines selbstgewählten Leserkreises sicher verlieren müsste.

Ein ebenso unbedingtes Verbot gilt, wenn (§. 29 lit. 3) das Werk gleichzeitig in mehreren Sprachen herausgegeben wurde, hinsichtlich der Uebersetzung in eine dieser Sprachen. Wo der Verfasser selbst spricht, ist jede Uebersetzung überflüssig und dem Nachdruck gleichzuhalten. Daraus folgt von selbst, dass die Rückübersetzung einer übersetzten Ausgabe in die Sprache des Originals nie statthaft ist.

In allen anderen Fällen ist ein ausdrücklicher Vorbehalt des Uebersetzungsrechts nothwendig. Derselbe kann sich auf alle, oder auf bestimmte Sprachen erstrecken, muss aber an bestimmter Stelle (Titelblatt, Vorrede, Spitze) [1]) aller Exemplare [2]) ersichtlich sein und ist in seiner Wirksamkeit hinsichtlich jeder einzelnen Sprache abhängig davon, dass die vorbehaltene Uebersetzung in dieser Sprache binnen 3 Jahren vollständig erscheint (§. 28).

Das Uebersetzungsrecht ist jedoch in der Regel in engere zeitliche Grenzen eingeschränkt, als es bei den sonstigen Urheberbefugnissen der Fall ist; theils in Nachwirkung der älteren Auffassung, welche einen internationalen Urheberschutz nicht kannte, theils auf Grund der sonstigen Erwägung, dass Werke von Rang nicht auf die Dauer durch die Unzulänglichkeit

---

[1]) Die Spitze ist namentlich bei Beiträgen zu Sammelwerken der gegebene Ort.

[2]) Bei Werken, welche in Abtheilungen erscheinen, ist jede Abtheilung selbständig zu behandeln.

autorisirter Uebersetzungen fremden Nationen ungeniessbar bleiben dürfen.

Die gewöhnliche Schutzfrist kommt darum nach unserem Gesetz nur jenen Werken zu, welche sich von vornherein an die Fachgenossen aller Nationen wenden, nämlich den in einer todten Sprache abgefassten [1]).

Wo dagegen ein Vorbehalt des Uebersetzungsrechts stattfinden muss (§. 28), wird die vorbehaltene Uebersetzung nur durch 5 Jahre geschützt. Wurde ein Werk gleichzeitig in mehreren Sprachen herausgegeben, so ist die Uebersetzung in jede dieser Sprachen nach 5 Jahren frei [2]).

Endlich ist die Uebersetzung eines erschienenen Werkes unbedingt gestattet, wenn sie sich gleichzeitig darstellt als eine solche selbständige Bearbeitung, die auch in der Originalsprache zulässig wäre. Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen.

V. Recht der öffentlichen Aufführung [3]).

Dieses steht dem Urheber unbedingt zu bei Bühnenwerken (dramatischen und dramatisch-musikalischen); Vorbehalt ist

---

[1]) Dies erhellt daraus, dass §. 47 zwar den §. 28 und 29 lit. 3 citirt, nicht aber lit. 2, wonach es für diesen Fall bei der allgemeinen Dauer des Urheberrechts bleibt. Vgl. Motive der R.V. z. d. St.

[2]) Der Autor steht hier in gewissem Sinne schlechter als bei der vorbehaltenen Uebersetzung, weil er dort, unter Zurechnung der dreijährigen Vorbehaltsfrist, im Ganzen 8 Jahre geschützt ist. Allerdings macht er während der Vorbehaltszeit von seinem Uebersetzungsrecht keinen Gewinn; aber er kann warten bis sein Werk marktgängig geworden ist und es dann ausgiebiger ausnützen. — Die Vorschrift des §. 47 hinsichtlich mehrsprachig herausgegebener Werke entspricht der des §. 15 im deutschen Gesetz und ist unbedingt nothwendig, wenn nicht jeder Autor den Uebersetzungsschutz sich willkürlich soll verlängern können dadurch, dass er die Uebersetzung als Originalwerk gleichzeitig mit erscheinen lässt.

[3]) Ein der Aufführung entsprechendes Recht der Recitation von nichtdramatischen Literaturwerken gibt es nicht; diese steht vielmehr Jedermann frei. Das ist im Allgemeinen zu billigen; nicht jedoch, dass dies auch für Vorträge (nach deren Herausgabe) gelten soll (§. 23 al. 3).

nicht erforderlich. Bei Tonwerken, die nicht Bühnenwerke sind, steht ihm das unbedingte Aufführungsrecht nur bis zu dem Zeitpunkt zu, wo das Werk rechtmässig herausgegeben ist. Nach der Herausgabe ist die Aufführung Dritten nur dann verboten, wenn bei der Herausgabe auf dem Titelblatt oder an der Spitze jedes Exemplars der bezügliche Vorbehalt ersichtlich ist.

Aufführung ist die sinnenfällige Darstellung eines Kunstwerks mit den seiner Kunstform entsprechenden Mitteln (Gierke 799 f.), daher nicht die Recitation eines Dramas, auch nicht die mit vertheilten Rollen. Vielmehr ist bei dramatischen Werken, jedenfalls soweit es sich um die Aufführung des Textes handelt, scenische Darstellung erforderlich [1]). Streitig ist allerdings die Frage, ob bei dramatisch-musikalischen Werken die Aufführung der Musik allein ohne scenische Darstellung, also als Concertstück gestattet ist, wenn ein Aufführungsvorbehalt nicht vorliegt [2]). De lege ferenda scheint mir die Frage zu verneinen; denn dramatische Musik wird auch im Concertsaal mit den ihrer Kunstform entsprechenden Mitteln aufgeführt, da sie eben selbst dramatisch ist. Vom Standpunkt unseres Gesetzes aber muss meines Erachtens, obwohl dasselbe diese überaus wichtige Frage übergeht, eine solche Aufführung doch für erlaubt gehalten werden. Ich will mich dabei nicht darauf berufen, dass das Gesetz hier von Bühnenwerken spricht, um daraus etwa abzuleiten, dass die specifischen Rechtsnormen dieser Werke nicht über die Bühnenwelt hinausreichen können; das hiesse den zufälligen Ausdruck des Gesetzes überspannen. Dagegen scheint mir Folgendes massgebend zu sein. Nach §. 35 Al. 2 schliesst selbst der Vor-

[1]) Nicht dagegen Costüme oder Coulissen, Dambach 244.

[2]) Für die Bejahung (nach deutschem Recht) Dambach 246; Scheele 134 u. cit.; Gierke 800 Nr. 62; dagegen Kohler, Autorr. 245; Schuster 231; Seiller 348. Manche Gesetzgebungen haben eine solche Aufführung ausdrücklich als erlaubt erklärt. Schuster a. a. O.

behalt des Aufführungsrechts bei einem Tonwerk nicht aus, dass Bearbeitungen — ausser solchen, die vom Componisten oder seinem Rechtsnachfolger herrühren — aufgeführt (freilich nur dieses, nicht auch herausgegeben) werden; es kann also z. B. jedes Orchester ein Potpourri aus einem Tonwerk aufführen, auch ohne Gestattung des Componisten, soweit dies nur möglich ist, ohne dass dasselbe im Druck oder Stich erscheint. Wir kommen darauf unten (S. 204) noch zurück; jedenfalls darf danach ein Capellmeister in der beliebten Weise für seine Capelle ein Potpourri herstellen, die Stimmen ausschreiben lassen und es so zur Aufführung bringen; diese Begünstigung der Potpourris lag ausgesprochenermassen im Sinne des Gesetzgebers (Reg.-Mot. zu §. 35). Bedenkt man nun, dass Potpourris ganz vorzugsweise aus dramatischen Musikwerken hergestellt werden, und dass überhaupt es kaum möglich ist, die dramatischen Tonwerke von der allgemein lautenden Vorschrift des §. 35 auszunehmen [1]), so liegt es offenbar im Sinne des Gesetzgebers, die Aufführung solcher ausserhalb der Bühne nicht als dramatische anzusehen; sonst wäre ein Widerspruch zwischen §. 30 und §. 35 gegeben. Denn das wird man keines Falls sagen dürfen, dass durch die Bearbeitung die Musik ihren dramatischen Character verliert. Freilich ist sie kein dramatisches Ganze mehr, aber die einzelnen Partien können und sollen bei einem gut gearbeiteten Potpourri ihren ursprünglichen Character behalten. Ist es demnach erlaubt, die Theile wiederzugeben, so wird auch der Aufführung des Ganzen nichts entgegenzusetzen sein.

Die Aufführung des Textes allein ist in der Regel bloss Eingriff in das Recht des Dichters, die der Musik in das des

[1]) Man vgl. z. B. den Ausdruck des §. 34: Bühnenwerke — andere Tonwerke; offenbar sind also unter Tonwerken schlechthin auch die Bühnenwerke zu verstehen. Deutlich zeigt der Commissionsbericht des A.H. zu §. 34 (von »man kann andererseits — Tonwerke«), dass die Vorschriften der §§. 31 bis 36 auch für Bühnenwerke gelten.



Componisten; nur wo beide ihre Arbeiten nicht bloss verbunden, sondern textlich und musikalisch zusammengearbeitet haben, kann gemäss §. 7 U.G. jeder Einzelne den Eingriff in das gemeinsam gewordene Recht an jedem Bestandtheil des Ganzen verfolgen.

Sehr bestritten ist es, wann das Moment der Oeffentlichkeit vorliegt. Eine allgemein anerkannte Feststellung dieses Begriffes ist noch nicht gelungen[1]). Bald nennt man öffentlich nur jene Aufführung, zu der Jedermann Zutritt hat; dies ist unrichtig, weil ein Verein, der seinen Mitgliedern das Mitnehmen von Gästen zu einer im Verein stattfindenden Aufführung gestattet, sicher öffentlich aufführt, obwohl hier nicht ›Jedermann‹ Zutritt hat. Bald heisst jene Aufführung öffentlich, an der Personen theilnehmen, die nicht individuell geladen sind[2]); auf diese Weise könnte man eine ganze Stadt zu einer »nicht öffentlichen« Aufführung einladen. Zu unbestimmt ist auch die Definition, öffentlich sei die Aufführung in solcher Form, in der der Autor selbst sie nicht unentgeltlich veranstaltet haben würde[3]). Am richtigsten dürfte es sein, das fragliche Erforderniss negativ, d. h. durch den Gegensatz der privaten Aufführung zu bestimmen: Oeffentlich ist eine Aufführung dann, wenn sie über die gewöhnlichen Grenzen der privaten Geselligkeit hinausgeht. Wie weit diese zu ziehen sind, dürfte nach den herrschenden socialen Anschauungen im Einzelfalle immer mit ziemlicher Sicherheit gesagt werden können.

Für die Frage, inwiefern die Aufführung in veränderter Form gestattet ist, muss unterschieden werden

a) Uebersetzungen. Rechtswidrige Uebersetzungen aufzuführen, ist unbedingt verboten. Ist dagegen die Uebersetzung

---

[1]) Im Allgem. vgl. Kohler, Autorrecht 239 f. (= Dogm. Jahrb. 18, 369 f.); Arch. f. civ. Prax. 85, 390 f.

[2]) Schuster 224.

[3]) Osterrieth 91; Opet, Arch. f. civ. Prax. 84, 245.

eine rechtmässige und zwar deshalb, weil ein Vorbehalt bei der Herausgabe des Werkes nicht gemacht worden ist, oder weil dessen Wirksamkeit durch Zeitablauf (§. 28 Al. 2) erloschen ist, oder weil seit der Herausgabe einer vom Autor selbst herrührenden Uebersetzung 5 Jahre verstrichen sind (§. 47), so darf sie auch aufgeführt werden, denn dann hat das Originalwerk in der Sprache der Uebersetzung kein Urheberrecht mehr.

Ist endlich die Uebersetzung rechtmässig deswegen, weil sie mit Genehmigung des Autors erfolgt ist, so kommt es darauf an, wie weit diese Genehmigung reicht. Wenn sie das Recht der Aufführung nicht ausdrücklich mitumfasst, so ist dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen unerlaubt [1]).

b) Bei anderweitiger Bearbeitung ist folgendermassen zu unterscheiden:

α) Handelt es sich um eine Bühnenaufführung, so darf nach §. 30 U.G. eine r e c h t s w i d r i g e Bearbeitung für die Bühne, d. h. eine solche, deren Herausgabe einen Nachdruck begründen würde, niemals aufgeführt werden. Umgekehrt steht es natürlich bei den erlaubten Dramatisirungen, s. oben S. 190. Ist endlich die Bearbeitung rechtmässig, deswegen weil sie mit Einwilligung des Dichters hergestellt wurde, so handelt es sich darum, wie weit diese reicht. Sie könnte sich z. B. auf bestimmte Bühnen beschränken u. s. f.

β) Handelt es sich dagegen um Tonwerke, die nicht Bühnenwerke sind, oder um Bearbeitung von bühnenfähigen Compositionen für eine nicht dramatische Aufführung [2]), so ist es nach §. 35 Al. 2 gestattet, jede Bearbeitung aufzuführen, die nicht vom Urheber selbst herrührt (oder wenn dies der

---

[1]) S. oben S. 141.

[2]) Dieses letztere ist zwar im Gesetz §§. 34, 35 nicht ausdrücklich gesagt. Aber da, wie die Motive zeigen, die Aufführung von Potpourris erlaubt werden sollte, und gerade Potpourris vorwiegend aus Bühnenwerken hergestellt werden, ist diese Auslegung nicht abzulehnen.

Fall ist, ohne Vorbehalt veröffentlicht wurde). Also darf Jedermann ein Tonwerk in einer von ihm selbst herrührenden Adaptation, auch wenn ihre Herausgabe im Druck unstatthaft wäre, doch öffentlich aufführen [1]). Nur darf es dabei zu keiner Herausgabe dieser Bearbeitung kommen, falls dieselbe nicht zu den nach §. 33, 1 erlaubten Transscriptionen, sondern nur zu den Arrangements des §. 32 Al. 1 gehört. Es darf also das Arrangement, resp. es dürfen die dazugehörigen Stimmen nur in Einzelcopien vervielfältigt, und mit diesen darf kein Handel eröffnet werden.

Endlich hat das Gesetz in §. 36 die an sich sehr zweifelhafte Frage, ob die Anfertigung und der öffentliche Gebrauch von Instrumenten zur mechanischen Wiedergabe von Tonwerken (Drehorgeln, Aristons u. dgl.) gestattet ist, bejahend entschieden.

VI. Nachbildungen.

Der Urheber eines Bildwerks hat das ausschliessliche Recht der Nachbildung.

a) Nachbildung ist die Wiedergabe eines Werks der bildenden Kunst durch die bildende Kunst. Da das individualisirende Moment eines solchen Werkes in der eigenartigen Auffassung eines bestimmten Vorwurfs gelegen ist, so spricht man von Nachbildung dann, wenn die die Eigenthümlichkeit des Originales bestimmende subjective Auffassung des Vorwurfs entlehnt ist.

---

[1]) Mit dieser im Interesse der Popularisirung von Tonwerken »und darum auch im Interesse der musikalischen Urheber selbst« (H.H.Motive) gelegenen, in Wahrheit höchst fragwürdigen Bestimmung hat unser Gesetz die wahren, und zwar nicht bloss die ideellen Interessen der Tonkünstler schwer geschädigt. Solche Bearbeitungen können, wenn sie mit der nöthigen Routine gemacht sind, die Zugkraft des Originals, sowie der von dessen Autor herrührenden Arrangements schwer beeinträchtigen; namentlich wenn sie durch Berücksichtigung des Effects der Wiedergabe diese überbieten. Eine bessere Lösung dieser Frage ergibt das deutsche Reichsgesetz; Schuster 233 f.; unrichtig Dambach 238.

Von der Nachbildung ist daher zu unterscheiden die blosse Nachahmung der Darstellungsweise, welche nicht die Auffassung des concreten Motivs, sondern nur die Auffassung der Aussenwelt in abstracto zum Gegenstand hat [1]). Nur im Dienst dieser allgemeinen Auffassung steht die Technik oder Manier, welche bestimmte Methoden zu ihrer Verkörperung einhalten; auch an ihnen ist nur erlaubte Nachahmung, nicht eigentliche Nachbildung, die ein concretes Motiv voraussetzt, denkbar.

Erlaubt ist auch die Entlehnung des Motivs.

Ob die Nachbildung in demselben Kunstverfahren hergestellt wird, wie das Original, ist gleichgiltig. Auch die Wiedergabe eines Gemäldes durch die Zeichnung oder die graphische Kunst ist eine Verletzung des Urheberrechts; um so mehr jene durch das nur kunsttechnische Verfahren der Photographie. Dagegen sind lebende Bilder keine bleibenden Werke und können daher nach künstlerischen Originalen gestellt werden [2]).

Erlaubt ist eine (§. 39, 3) Nachbildung, die sich in einer anderen Kunstgattung bewegt, wobei als Gattungsgegensätze gedacht sind die Darstellung in der Fläche einerseits, die plastische Darstellung [3]) andererseits. Es muss jedoch eine

---

[1]) Ob ein Maler Impressionist ist oder nicht, hängt davon ab, ob er sich gewöhnt hat oder gewöhnen will, die Natur im Bild mit jener Leuchtkraft festzuhalten, welche sie thatsächlich hat, oder in der verblassten Färbung, welche sie für das Erinnerungsvermögen annimmt. Immer aber handelt es sich um die Vorstellungsweise im Allgemeinen, nicht um bestimmte Vorstellungsinhalte.

[2]) Näheres bei Kohler, Kunstwerk 64 f.; daselbst auch über Panopticumsgruppen.

[3]) Die Grenze zwischen beiden ist theilweise bestritten. Berühmt sind in dieser Beziehung die Litho- oder Diaphanien, Bildreliefs in Papiermasse oder Porzellan, welche von rückwärts beleuchtet ein Flächenbild ergeben, wobei die Erhöhungen und Vertiefungen die Abstufung von Licht und Schatten bewirken. Das Deutsche R.G. E. in Civ.S. 18, 102 f. und in Str.S. 17, 365 f., erklärt diese als Erzeugnisse der graphischen Kunst, weil sie als Flächenbilder wirken und so nach den Gesetzen der Zeichnung gearbeitet sind und mit Recht. A. A. Kohler in Busch, Arch. 48, 132 f.; für das R.G. Scheele

künstlerische Nachbildung vorliegen; daher das Photographiren plastischer Werke unter allen Umständen verboten ist [1]). — Der Gedanke, der zu Grunde liegt, ist der, dass jene beiden grossen Gebiete der Kunst von einander vollständig getrennt sind und hüben und drüben weder eine Concurrenz noch eine eigentliche Entlehnung stattfinden kann.

Auch die mittelbare Nachbildung, d. h. jene, die von einer anderen Nachbildung abgenommen wird, kann in die Rechte des Originals eingreifen; dies findet nur insoweit nicht statt, als dem Urheber der ersten Nachbildung ein ausschliessliches Nachbildungsrecht ertheilt war; denn insoweit ist der Autor des Originals nicht mehr verletzt. Aus Obigem ergibt sich von selbst, dass die Abbildung oder Photographie von lebenden Bildern, die nach einem künstlerischen Original hergestellt sind, unzulässig ist [2]). Wird ein plastisches Werk in der Fläche copirt und nach dieser Copie wieder eine

---

189; Gierke 802. Dagegen ist das Intaglio nicht auf die Transparenz des Lichts berechnet (obwohl diese auch hier ein Bild erzeugen kann), sondern auf das plastische Bild des positiven Abdrucks. Umgekehrt scheint mir der Buntdruck mit leichter Reliefpressung, um dessentwillen die deutschen Buchhändler (Publik. des Börsenvereins der D. B. 167) die Bestimmung über die Freiheit der Plastik gegenüber der Flächenkunst beseitigt wissen wollten, als Werk der letzteren und daher gegenüber der Malerei unerlaubt.

[1]) R.G. in Civ.S. 18, 151. Ganz anders steht es natürlich, wenn das plastische Werk zwar mittelst der Photographie z. B. auf den präparirten Holzstock oder die Platte übertragen, diese aber dann durch Holzschnitt oder Stich bearbeitet wurden. Hier macht der das graphische Kunstverfahren zwar erleichternde, aber nicht ausschliessende photographische Zwischenprocess den Hergang nicht zu einem unerlaubten. Vgl. R.G. Entsch. 20. Sept. 1882 in Blum's Annalen 6, 320 und vom 24. Mai 1892, E. in Str.S. 23, 132; sowie eine Entsch. des zweiten Strafsenats vom 25. Juni 1897.

[2]) Kohler, Kunstwerk 60 f.; Meili, Schweizer. Gerichtspraxis 1, 55 und 65; ebenso bei Abbildung von Panopticumsgruppen, die nach einem Gemälde gestellt sind. — Unzulässig ist ferner das Uebermalen von Photographien eines Gemäldes, selbst dann, wenn der Illustrator das Original gar nicht vor Augen hatte; denn es wird damit ein zweites Gemälde geschaffen, das mit dem ersten die Zeichnung und Schattirung gemein hat. R.G. E. in Strafs. 7, 234; 11, 361.

plastische Darstellung unternommen, so steht §. 39 lit. 3 nicht entgegen, auch dies für unerlaubt zu halten.

Unzulässig ist ferner die Nachbildung, auch wenn sie an Werken der Industrie und Baukunst erfolgt. Gleichgiltig ist es hiebei, ob sie den Hauptbestandtheil des Industrieproducts bildet oder untergeordneten Zierrath. Dagegen ist es erlaubt, mit freier Benutzung der Motive eines fremden Bildwerks Geschmacksmuster für Industrieproducte zu erzeugen.

Es greift aber auch hier, sobald das Kunstwerk veröffentlicht ist, vielfach das Recht des publicus usus ein.

a) Gestattet ist (§. 39 lit. 1) die Hervorbringung eines neuen Werkes unter freier Benutzung eines bereits vorhandenen. Wann diese, wann blosse Copiatur vorhanden ist, kann nur im einzelnen Fall entschieden werden.

b) Gestattet ist die Herstellung einzelner Nachbildungen, wenn deren gewerbsmässiger Vertrieb nicht beabsichtigt wird.

Dass die Anfertigung von Einzelcopien, wenn sie nicht in gewinnsüchtiger Absicht unternommen wird — z. B. der Eigenthümer des Originals will in seinem Landgut noch eine Copie des Bildes besitzen, oder ein Künstler oder Dilettant sich am Nachschaffen eines Meisterwerks heranbilden oder erfreuen — nicht verboten sein kann, ist klar; hier liegen Res merae facultatis vor, welche Niemand zu hindern berechtigt ist. Entsprechend hat schon das deutsche R.G. §. 6 tit. 1 bestimmt, dass Einzelcopien, die nicht in Verwerthungsabsicht angefertigt werden, unsträflich sind.

Unser Gesetz ist jedoch hierüber noch hinausgegangen, indem es als Grenze der erlaubten Einzelcopirung nicht schon die Verwerthungsabsicht, sondern erst die auf gewerbsmässigen Vertrieb gerichtete Intention hinstellt. Massgebend war hiebei die Rücksicht auf jüngere Künstler, welche oft durch Einzelcopien verdienen und denen man diese Erwerbsquelle, dafern sie nicht in einen Gewerbszweig ausartet, nicht verschliessen wollte.

Das Moment der Gewerbsmässigkeit bringt es hier wie

so oft im Verwaltungsrecht, der eigentlichen Heimath dieses Begriffs, mit sich, dass man das Gebahren einer Person in seiner wirthschaftlichen Totalität erfassen muss. Nur darauf kann es ankommen, ob der Copist subjectiv aus den Nachbildungen ein Gewerbe macht, nicht darauf, ob er gerade ein bestimmtes Werk in Massen verbreitet[1]). Also auch wenn der gewerbsmässige Nachbildner die Vorsicht beobachten würde, dasselbe Bild nur je einmal zu copiren, könnte doch Gewerbsmässigkeit vorliegen; es ist ja auch klar, dass der plan- und zweckmässige Betrieb solcher Unternehmer, wenn sie in grösserer Zahl auftreten, die Künstler trotz jener Beschränkung, die der Einzelne beobachtet, aufs Schwerste schädigen müsste.

Andererseits ist ein Gewerbebetrieb trotz wiederholter Reproduction dann nicht vorhanden, wenn die einzelnen Reproductionsacte nicht durch die auf Wiederholung gerichtete Absicht zum Unternehmen verbunden sind; also wenn ein Künstler nur auf gelegentliche zufällige Bestellungen, wenn auch wiederholt, und etwa gar dasselbe Werk zur Nachbildung bringt. Und umgekehrt kann auch eine einzige Copie dem Inhalt des Gesetzes widersprechen, wenn die Anlage eines planmässigen Betriebs ersichtlich ist, z. B. durch öffentliches Anerbieten auf Bestellungen, Anlegung eines Verkaufsbuchs u. dgl.

Immer aber ist Entgeltlichkeit der Nachbildung erforderlich, da ohne diese der Begriff der Gewerbsmässigkeit nicht platzgreift.

Unzulässig ist jedoch auch bei der erlaubten Einzelcopie, dass sie mit dem Namen oder der Signatur des Urhebers

---

[1]) Letztere unrichtige Interpretation legen allerdings die Motive des H.H. sehr nahe, wenn sie als Gegenstand des Verbots bezeichnen »die Herstellung von Copien in einer Mehrheit von Exemplaren, nicht auch Einzelcopien, die, sei es auf Bestellung, sei es zum Zweck künftiger Veräusserung von Künstlerhand (?) gefertigt werden«.

des Originalwerks bezeichnet werde (§. 39, 2; siehe oben (S. 101).

c) Gestattet ist die Nachbildung in einer anderen Kunstgattung (§. 39 lit. 3; s. oben S. 206).

d) Gestattet ist die Nachbildung von Werken der bildenden Künste, welche an dem öffentlichen Verkehr dienenden Orten sich befinden [1]); ausgenommen die Nachbildung von Werken der Plastik durch die Plastik (§. 39 lit. 4).

Die Ratio legis ist die, dass Werke, welche in die Oeffentlichkeit gestellt werden, damit ihren individuellen Character abstreifen und zum Gesammtbesitz der Nation werden; dass sie vermöge ihrer exponirten Stelle eine beständige Suggestion auf die Kunstanschauung ausüben, welche den Wunsch nach ihrer Reproduction unabweisbar machen kann.

Demnach ist auch das Photographiren solcher Werke freigegeben; denn Nachbildung ist in unserem Gesetz nicht bloss die künstlerische, wie schon lit. 5 des §. 39 zeigt, wo von Nachbildungen in Schriftwerken gesprochen wird, die doch jetzt meist durch Photogravüre hergestellt werden. Die Ausnahme bezüglich der plastischen Nachbildung plastischer Werke erklärt sich aus der bei dieser vergrösserten Gefahr der Minderwerthigkeit, welche den ideellen Interessen des Künstlers allzu abträglich werden kann (z. B. schlechte Gipsabgüsse) [2]). — Ein dem öffentlichen Verkehr dienender Ort ist nur ein solcher, wo öffentliche Wege bestehen, wie Strassen und Plätze; nicht jede Räumlichkeit, die allgemein zugänglich ist, kann als dem öffentlichen Verkehr dienend bezeichnet

[1]) Auch die Nachbildung derselben auf Grund des (an privatem Ort verbliebenen) Modells ist zulässig; R.G. E. in Strafs. 18, 30 f. Denn die Idee des Werks ist schutzlos, nicht sein Körper.

[2]) Wenn ausserdem die R.Mot. noch anfügen, dass häufig die plastische Wiedergabe eine wesentliche Verwerthung des Geistesproducts bildet, so kann dieses Argument, das übrigens weniger euphemistisch dahin ausgedrückt würde, dass öffentliche Bestellungen meist schlecht gezahlt werden, für jedes andere Bildwerk ebenso gut zutreffen.



werden, wie Kirchen oder die Innenräume öffentlicher Gebäude (dafern nicht ein Durchgang besteht) [1]).

In der Textirung des Gesetzes ist das wichtige Moment übersehen, dass ein bleibendes Befinden an exponirter Stelle nothwendig ist, also z. B. vorübergehende Aufstellung bei Festlichkeiten nicht genügt. Ist aber eine auf Dauer berechnete Placirung an öffentlicher Stelle einmal erfolgt, so ist das Werk frei geworden und kann diese Eigenschaft auch durch spätere Uebertragung in abgeschlossene Räume nicht wieder gewinnen [2]).

Ob die öffentliche Aufstellung mit Willen des Autors erfolgte oder nicht, begründet nach dem Wortlaut des Gesetzes, welches das sonst so sorgfältig betonte Moment der Rechtmässigkeit (rechtmässige Veröffentlichung, Vervielfältigung, Uebersetzung u. s. f.) hier nicht namhaft macht, keinen Unterschied. In der That könnten Dritte auf eine Prüfung dieser Voraussetzung sich nicht einlassen. Somit hat bei widerrechtlicher Preisgabe des Werks der Autor lediglich Ersatzansprüche gegen den Schuldtragenden.

Daraus ergibt sich von selbst, dass die Immunität der Nachbildungen in unserem Fall auch durch zufällige Ereignisse begründet werden kann, welche das ursprünglich an geschützter Stelle placirte Werk dauernd an die Strasse bringen, z. B. Eröffnung eines Strassenzugs durch einen bisher geschlossenen Park.

e) Gestattet ist endlich (§. 39 lit. 5) »die Aufnahme von Nachbildungen einzelner erschienener Werke der bildenden Künste bloss zur Erläuterung des Textes in ein Schriftwerk, wenn das letztere als die Hauptsache erscheint«.

Erforderlich ist, dass die Wiedergabe im Context des

---

[1]) Dagegen scheint mir eine rechtliche Widmung des Orts zum Gemeingebrauch nicht erfordert werden zu dürfen; dem öffentlichen Verkehr dient auch z. B. ein nur auf Widerruf eröffneter Weg oder Park.

[2]) So richtig Kohler, Kunstwerk 45.

Schriftwerks, nicht in der Form einer Beilage erfolge, und dass sie zur Erläuterung des Textes diene[1]), so dass dieser als die Hauptsache erscheint, was z. B. bei den »illustrirten Prachtwerken« nicht der Fall ist. Darin, dass diese Benutzung auf erschienene Werke beschränkt wird, liegt ein Vorzug unseres Rechts vor §. 6 lit. 4 des deutschen Kunstwerksgesetzes[2]). Dass nur einzelne Werke so weit abgebildet werden dürfen, bedeutet nicht sowohl eine rein numerische Beschränkung, die z. B. eine Kunstgeschichte nie vertragen könnte, sondern ist dahin zu verstehen, dass die Werke als einzelne, also nicht kraft eines zwischen ihnen bestehenden Zusammenhangs aufgenommen sein müssen. Unzulässig wäre daher, einen Theil einer Bildersammlung oder einen Cyklus von Werken desselben Künstlers in dieser Form zu reproduciren.

V. Schutz des Urheberrechts.

A. Der strafrechtliche Schutz.

Die strafrechtliche Sanction der Rechte des Urhebers ist in unserem Gesetz reicher und feiner gegliedert, als in anderen Legislationen geschehen ist. Es hängt dies damit zusammen, dass das österreichische Gesetz die dem Immaterialgüterrecht adminiculirenden Individualrechte sorgfältiger entwickelt und geschützt hat, als bisher geschehen ist. Dem Gegensatz, welcher zwischen diesen individualrechtlichen Bestandtheilen der urheberrechtlichen Stellung einerseits und dem reinen Urheberrecht andererseits vom praktischen und ethischen Standpunkt aus deutlich zu erkennen ist, entspricht auch eine verschiedene Energie in der Reaction der Rechtsordnung

---

1) R.G. in Civ.S. 18, 154. Unzulässig daher die in illustrirten Zeitschriften so beliebte blosse Ausschmückung des Textes durch bildliche Reproductionen.

2) Vgl. Scheele 194.

gegen die beiderseitigen Reate. Eine Verletzung der durch die Autorschaft begründeten Herrschaft über das Geisteswerk — das Gesetz bezeichnet, wie wir wissen, sie und characteristischerweise nur sie als »Eingriff in das Urheberrecht« (§§. 21, 51) — stellt sich principiell als ein schwereres Delict dar, denn die blosse Verletzung der Individualrechte. Jene ist nach §. 51 stets als Vergehen, diese (§. 52) als blosse Uebertretung qualificirt.

Demnach zerfällt die Betrachtung nach den Verletzungen des urheberrechtlichen und des bloss individualrechtlichen Inhalts der Autorschaft, oder wie es der oben dargelegten Terminologie besser entspricht, nach den Eingriffen in das Urheberrecht (§. 51) und nach den anderweitigen vom Gesetz unter keiner technischen Bezeichnung zusammengefassten Verletzungen der Individualrechte.

I. Eingriffe in das Urheberrecht.

α) Objectiver Thatbestand. Diesbezüglich ist eine besondere Ausführung nicht erforderlich, weil die betreffenden Fragen bereits in der Lehre vom Inhalt des Urheberrechts erörtert worden sind. Als Eingriff stellt sich objectiv jede Handlung dar, welche eine dem Urheber ausschliesslich vorbehaltene Verfügung über sein Werk zum Inhalt hat (§. 21).

Nur zu erinnern ist daran, dass die Vervielfältigung, die Nachbildung und der Vertrieb nicht an sich unerlaubte Handlungen sind, sondern es erst durch die damit verbundene Absicht werden. Bezüglich des Vertriebs liegt es schon in seinem Begriff, dass er die gewerbsmässige und gewinnsüchtige Absicht voraussetzt; bezüglich Vervielfältigungen und Nachbildungen wurde bereits oben betont, dass sie nur insofern verboten sind, als eine auf Verbreitung gerichtete Intention sich mit ihnen verbindet.

Liegt aber die auf Verbreitung gerichtete Absicht vor, dann ist die Vervielfältigung und Nachbildung schon an sich

strafbar, und ist es nicht erforderlich, dass mit der Verbreitung wirklich begonnen wurde. Denn das Gesetz verbietet nicht erst diese, sondern schon jene. Daher ist auch das Vorhandensein einer Schädigung des Autors kein Thatbestandsmoment.

Das Vergehen ist vollendet, sobald eine Handlung gesetzt ist, welche für sich betrachtet einen Eingriff in das Urheberrecht darstellen kann. Es ist daher zur Vollendung nicht erforderlich, dass der Eingriff jenen Umfang angenommen habe, den der Delinquent beabsichtigte; jeder Theil der verbotenen Handlung ist hier schon mit dem Ganzen identisch. Folglich begründet schon der Anfang der Drucklegung nach unserem Recht — im Gegensatz zum deutschen Recht, wonach die Fertigstellung mindestens eines Exemplars erfordert wird (§. 22) — das vollendete Vergehen des Nachdrucks; schon die abgebrochene Aufführung den vollendeten Eingriff nach §§. 30, 34.

Uebrigens ist die Frage, wann Vollendung, wann blosser Versuch eines Eingriffs vorliegt, für unser Recht, welches den Versuch dem vollendeten Delict wesentlich gleichstellt und nur in der Strafe milder behandelt, weit weniger wichtig als nach dem deutschen Reichsgesetz, welches die anomale und nur geschichtlich zu erklärende [1]) Bestimmung enthält, dass der Versuch eines urheberrechtlichen Eingriffs straffrei ist.

β) Subjectiver Thatbestand. Vorausgesetzt wird in §. 51 ein wissentlicher Eingriff, eine Bestimmung, welche wohl dem älteren österreichischen Nachdrucksrecht entspricht, praktisch aber wegen der Schwierigkeit, die grobe Fahrlässigkeit und den Dolus von einander abzugrenzen, nicht unbedenklich ist. Unbedingt richtig war es, beim Vertrieb die Fahrlässigkeit straflos zu lassen, da dem Buch- und Kunsthandel die Prüfungspflicht bezüglich der Legitimität der ihm

[1]) §. 22 Ges. v. 71. S. Dambach 157.



zugehenden Producte sehr schwer fallen dürfte; bei der Vervielfältigung, Nachbildung und selbst bei der Aufführung wäre es kaum zu hart gewesen, eine derartige Pflicht zu statuiren und wenigstens ihre gröbliche Verletzung criminell zu ahnden[1]. Gegenwärtig ist es möglich, dass ein Verleger, der ein ursprünglich anonym erschienenes, später durch Eintragung des Autornamens in das Urheberregister alethonym gewordenes Werk schon im einunddreissigsten Jahr nach dem Erscheinen abgedruckt hat, sich darauf beruft, er habe diese Eintragung übersehen — oder wohl gar von der Einführung des Registers keine Kenntniss gehabt. Selbst die Theorie des dolus eventualis hilft hier nicht; denn gegenüber dem positiven Erforderniss des Wissens von der Widerrechtlichkeit darf dieser Begriff nicht gehandhabt werden.

Den Thatbestand des Eingriffs setzen alle Personen, die wissentlich zu einem solchen mitgewirkt haben. Dies ergibt sich aus allgemeinen Sätzen unseres Strafrechts. Es gehören hieher zunächst diejenigen, welche ihn veranstalten; also der Urheber, Verleger, Theater- und Concertdirector u. s. w.[2], welche ein autorrechtlich unerlaubtes Werk zur Vervielfältigung oder Aufführung u. s. w. bringen. Ferner aber alle diejenigen, welche wissentlich bei der Ausübung des verbotenen Eingriffs mitwirken; beim Nachdruck also der Drucker und nicht bloss dieser, sondern auch jeder seiner Gehilfen (Factoren, Setzer, Correctoren u. s. w.), welchen die Drucklegung als rechtswidrig bekannt war. Ebenso bei dramatischen Aufführungen die Regisseure, Schauspieler und so fort, bis zum letzten Coulissensteller, den Dolus vorausgesetzt. Dass auch

[1] Ueber den Umfang, welchen z. B. die Verantwortung der Inhaber eines Locals für die daselbst stattfindenden unerlaubten Aufführungen in den romanischen Ländern angenommen hat, vgl. man die Ausführungen von Wyss, Das internationale Urheberrecht an Photographien, musikalischen Aufführungen und Uebersetzungen (Zürich 1898) p. 96 f.

[2] Auch der Vertreter, der es auf fremde Rechnung thut. RG. E. in Strafs. 14, 239.

diese untergeordneten Gehilfen mitschuldig sind, mag als drastisches Beispiel dienen für die rechtspolitische Unmöglichkeit unseres strafrechtlichen Begriffs der Mitschuld, ist aber, so lange dieser gesetzlich aufrecht erhalten wird, in keiner Weise abzulehnen.

II. Verletzungen des Individualrechts.

Die bezüglichen Thatbestände sind in §. 52 zusammengestellt und wurden bereits im Einzelnen erläutert. Sie begründen sämmtlich nur Uebertretungen. Obwohl zum Thatbestand der Uebertretung nach unserem Strafgesetz Vorsatz nicht erfordert wird [1]), sondern auch eine blosse Fahrlässigkeit genügt, so sind doch die einzelnen in §. 52 aufgezählten Handlungen so beschaffen, dass sie, abgesehen von etwaiger Rechtsunkenntniss, nicht leicht ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gesetzt werden können [2]). Die Strafe trifft jedoch hier nur denjenigen, dem die Verpflichtung zur Respectirung des Individualrechts oblag, und das ist in den Fällen des §. 52 Al. 1 und 2 der Urheber des literarischen oder artistischen Werks, im Fall des §. 52 Al. 3 derjenige, der die dort erwähnte Verfügung getroffen hat, im Fall des Al. 4 endlich (Verwendung eines verbotenen Titels) der Urheber oder Verleger, welche beide den Titel »verwenden«. Keinesfalls werden die blossen Gehilfen dieser Personen von der Strafandrohung betroffen.

III.

Alle urheberrechtlichen Delicte — mit Ausnahme des bereits oben (S. 119 fg.) besprochenen des §. 53 — sind An-

---

[1]) Vgl. §. 238 St.G.

[2]) Am ersten kann dies noch vorkommen bei unterlassener Quellenangabe, wo das deutsche Ges. v. 1871 §. 24 die Möglichkeit der Fahrlässigkeit sogar ausdrücklich betont. Aber regelmässig wird es sich auch hier um Dolus handeln.

tragsdelicte [1]). Die sachliche Competenz steht den in Presssachen zuständigen Gerichten zu (§. 54). Die räumliche Competenz ist überall, wo das Delict durch eine Druckschrift begangen wurde, nach §. 486 St.P.O. zunächst für das Pressgericht des Druckortes, eventuell für jenes des Ortes der Verbreitung gegeben. In anderen Fällen entscheidet sich die für die räumliche Competenz massgebende Vorfrage nach dem Begehungsort gemäss allgemeinen strafrechtlichen Lehren.

Bei der Verurtheilung wegen des Vergehens nach §. 51 muss auf Verlangen des Verletzten auch auf Verfall der bei wem immer vorhandenen zum Vertrieb bestimmten Vervielfältigungen und Nachbildungen und Zerlegung des Drucksatzes, sowie auf Zerstörung der zu widerrechtlicher Vervielfältigung und Nachbildung ausschliesslich bestimmten Vorrichtungen und kann auch auf Verfall der Manuscripte, Textbücher, Partituren und Rollen einer unbefugten Aufführung erkannt werden [2]). Diese Vorschrift geht über jene des §. 467 Strafgesetzes noch insofern hinaus, als dort nur gegenüber dem Verurtheilten eine Beschlagnahme platzgreifen soll, hier dagegen wider jeden, auch nicht angeklagten und selbst gutgläubigen Inhaber von zum Vertrieb bestimmten Exemplaren [3]).

---

[1]) Den Antrag kann auch der Procurist einer Handelsgesellschaft stellen. R.G. E. in Strafs. 15, 144.

[2]) Das Erkenntniss auf Verfall der Manuscripte u. s. f. bei unbefugter Aufführung ist daher nur facultativ (vgl. Schuster, Gerichtszeitung 1893 p. 381) nach Ermessen des Gerichts zu fällen, während es nach §. 467 A.G. obligatorisch war. Diese Differenz beruht darauf, dass nach dem Recht zur Zeit der Erlassung des Strafgesetzbuchs (d. h. vor dem Bundesbeschluss 17. März 1857 Art. 2) eine Aufführung nur verboten sein konnte bei Werken, die nicht im Verlag erschienen, sondern nur als Manuscript gedruckt, daher in der Regel zum Zweck der Aufführung widerrechtlich erworben waren. Gegenwärtig, wo der Besitz des veröffentlichten Werks rechtmässig und doch die Aufführung gesetzlich verboten sein kann, soll wegen der strafbaren Aufführung das rechtmässig erworbene Werk nicht ohne Weiteres, sondern im Sinne des Gesetzes wohl nur bei Wiederholungsgefahr beschlagnahmt werden.

[3]) Hiemit ist die Rechtskraft des Urtheils auch bezüglich seiner in das Privatrecht übergreifenden Nebenwirkungen auch auf dritte Personen er-

Enthält das incriminirte Werk nicht in seiner Totalität, sondern nur in einzelnen Theilen einen Eingriff in fremdes Autorrecht, so beschränken sich die obigen Massnahmen auf diesen Theil — so weit eine Trennung möglich ist.

Beim Vergehen des §. 53 endlich sind sie von Amtswegen zu verfügen.

Ausserdem kann die Beschlagnahme der obigen Gegenstände gemäss §. 59 auch als provisorische Sicherung noch vor Fällung des Erkenntnisses verlangt und können auch Massnahmen in Antrag gebracht werden, welche die Begehung oder Wiederholung der strafbaren Handlung (hiebei ist insbesondere an Aufführungen zu denken) verhindern sollen. Wenn dabei §. 59 sagt, der Verletzte sei »berechtigt«, diese Verfügungen zu beantragen, so ist das meines Erachtens so auszulegen, dass sein Antrag für das Gericht bindend ist. Allerdings ist, so viel ich weiss, in der Praxis die entgegengesetzte Ansicht bevorzugt worden; aber es ist nicht recht abzusehen, wie sich dieselbe mit dem Ausdruck »berechtigt« vertragen soll — denn ein blosses processualisches Antragsrecht hätte doch im Gesetz nicht müssen hervorgehoben werden. Auch das beweist nichts, dass das Gericht über einen solchen Antrag »sofort zu entscheiden hat«; diese Entscheidung muss durchaus nicht als discretionäres Erkennen darüber aufgefasst werden, ob dem Gericht die Massregel nothwendig erscheint, sondern kann sehr wohl auf die Frage bezogen werden, die ja natürlich der Prüfung des Gerichts obliegt, ob objectiv überhaupt ein Eingriff prima facie vorliegt. Man darf auch nicht übersehen, dass dieses unbedingte Recht des Anklägers der Rechtscontinuität (§. 35 Patent v. 1846) vollkommen entspricht. Nichts Anderes meinen wohl auch

---

streckt. Wenn man dies schon beim Strafurtheil billigen mag, so dürfte es doch nicht unbedenklich sein, dass die gleiche Erstreckung auch dann eintritt (§. 61), wenn bloss im Civilprocess die Verurtheilung eines Dritten wegen Eingriffs stattgefunden hat.

die Reg.Mot. mit der Aeusserung, dass in der Entscheidung des Gerichts ein »Schutz gegen chicanöse Ausnützung dieser Sicherungsmassregel in zweifelhaften Fällen« gelegen sei; offenbar ist mit der Chicane nur eine solche »in zweifelhaften Fällen«, d. h. dann gemeint, wenn der Thatbestand eines Eingriffes objectiv zweifelhaft ist. Ist derselbe gegeben, so kann die subjective bona fides dem Beklagten schon deswegen nichts helfen, weil der Kläger ja nach §. 61 auch gegen den gutgläubigen Besitzer Beschlagnahme im Civilrechtswege verlangen kann.

B. Der civilrechtliche Schutz.

Der privatrechtliche Anspruch aus dem Urheberrecht entsteht in Folge eines Eingriffes im technischen Sinn. Entschädigungsansprüche auf Grund der Individualrechtsverletzung sind zwar nicht ausgeschlossen, vielmehr in einem einzelnen Fall (§. 22) ausdrücklich anerkannt; aber sie sind im Gesetz, gemäss dessen Maxime, die vermögensrechtliche Seite des Autorrechts von der Individualsphäre zu trennen, nicht näher geregelt.

Der privatrechtliche Anspruch aus dem Eingriff ist verschieden zu beurtheilen, je nachdem der letztere ein schuldbarer (§. 60) ist oder nicht.

»Schuldbar« im Sinne des §. 60 ist nicht für identisch zu halten mit wissentlich in §. 51. Wie die Reg.Mot. überdies bestätigen, ist hier der gewöhnliche Verschuldensbegriff des bürgerlichen Rechts zu Grunde zu legen. Nur geht die Haftung weit über die des bürgerlichen Gesetzbuchs hinaus. Es heisst in §. 60, von jenem, dem ein schuldbarer Eingriff zur Last fällt, sei Entschädigung im Sinne des §. 57 zu verlangen. Dieser handelt vom wissentlichen Eingriff und statuirt hier die Haftung für Schadloshaltung, entgangenen Gewinn und Ersatz für erlittene Kränkungen oder anderweitige persönliche Nachtheile. Die gleiche strenge Ersatzverbindlichkeit soll nun auch bei blossem Verschulden eintreten. Dass dies wirklich gemeint ist, ergibt schon die Vergleichung des §. 60 mit dem entsprechenden §. 54 der Reg.V., welcher den In-

halt des Ersatzanspruchs nach dem a. B.G.B. bemessen wollte, und der Commissionsbericht des H.H.

Der bezeichnete Anspruch kann übrigens, falls in Folge dolosen Eingriffs ein Strafverfahren platzgreift, im Wege des Adhäsionsprocesses geltend gemacht werden. Der Commissionsentwurf des Herrenhauses hatte sogar beantragt, dem Strafgericht in diesem Fall die Erledigung der civilen Entschädigungsansprüche obligatorisch aufzuerlegen und die Verweisung auf den Civilrechtsweg abzuschneiden. Mit Recht wurde dies im Abgeordnetenhaus als eine nicht genügend begründete Ausnahme vom gemeinen Processrecht abgelehnt[1]).

Endlich statuirt §. 61 die civile Präjudicialklage auf Anerkennung des Urheberrechts und einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung[2]) selbst gegen gutgläubige Personen, welche fremdes Urheberrecht ausgeübt haben. Auch in diesem Fall — und um so mehr im Fall eines zwar nicht strafbaren, aber doch schuldhaften Eingriffs — kann auf Beschlagnahme der Behelfe und Erzeugnisse des Eingriffs angetragen werden (§. 61), jedoch nach dem Urhebergesetz erst für den Fall der Verurtheilung, nicht auch provisorisch für die Dauer des Processes; denn auf §. 59 ist in §. 61 nicht verwiesen. Wohl aber können auch provisorische Verfügungen jetzt nach §. 381 fg. der Execut.-Ord. erlassen werden, wobei aber das Gericht nicht, wie im Fall des §. 59 (s. oben S. 217 fg.) an die Anträge des Klägers gebunden ist.

---

[1]) Leider ist in Folge dieser zweimaligen Aenderung das von der Reg.-Vorl. projectirte Institut einer vom Strafgericht zu verhängenden, mit der Function eines (weiteren civilrechtlichen Anforderungen nicht präjudicirenden) Schadenersatzes ausgestatteten Geldbusse abhanden gekommen. Das H.H. hielt sie nicht für nothwendig, weil der Strafrichter ohnedies den Schadenersatz liquidiren sollte; das A.H. hat letzteres gestrichen, an die Wiederherstellung der Geldbusse aber nicht gedacht.

[2]) Ueber den Umfang derselben vgl. Kohler, Patentrecht 2, 447 fg. Der Ersatz erstreckt sich auf alle fructus percepti, gleichgiltig ob der Beschädigte selbst sie würde erzielt haben oder nicht.

Die Clausel: Rebus sic stantibus

in der

Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung.

Von

Dr. Leopold Pfaff.

Einleitung.

»In der L. 38 pr. D. de sol. 46. 3 wird der Fall behandelt, wenn ein solutioni adjectus nach der Stipulation eine capitis deminutio erleidet und darauf Zahlung erhält. Africanus ist der Meinung, dass in diesem Falle die Zahlung ungiltig sei; denn die Stipulation enthalte stillschweigend die Bedingung: wenn der adjectus in demselben Rechtszustand verbleibe. Hieraus wollte man die allgemeine Regel abstrahiren, dass jeder Vertrag die Clausel: rebus sic stantibus oder die Bedingung: si res maneant quo sunt loco stillschweigend enthalte.« So ein sehr angesehener preussischer Jurist[1]). Und noch schärfer erklärt Förster[2]): »Man kann es kaum verstehen, wie die (erwähnte) Bestimmung des Römischen Rechtes . . . in der Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts die Regel hat erzeugen können, dass jedem Vertrage die stillschweigende Voraussetzung anhange: rebus sic stantibus, und dass veränderte Umstände eine Aufhebung des Vertrages herbeiführen.« Hienach möchte man glauben, die fragliche

---

[1]) C. F. Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. und nach preuss. Recht. II. Breslau 1840. §. 137, S. 460; 2. Aufl. (1859) S. 505. Auch Böcking, Pand. des röm. Priv.R. ... oder Instit. des gem. deutschen Civ.R. (1. Aufl. 1843) 2. Aufl. 1853. I. §. 110 Note 4 (S. 389) sagt, dass der Streit über die sog. Clausel reb. s. stant. durch das Missverständniss der L. 38 pr. cit. entstanden sei.

[2]) Theorie und Praxis des heut. gemeinen preuss. Privatrechts. Berlin 1865, I. §. 87 S. 526. Die Aeusserung ist unverändert wiedergegeben in der Bearbeitung des Förster'schen Werkes durch Eccius, 6. Aufl. S. 500 f.

Lehre sei nicht vor dem 17. Jahrhundert entstanden [1]), beziehe sich nur auf Verträge, stütze sich einzig und allein auf die citirte Stelle von African und finde in ihr nicht den geringsten Halt. Und doch ist Alles das unrichtig. Die Entwicklung der Lehre von dieser Clausel ist überhaupt sehr in Vergessenheit gerathen. Viele Schriftsteller der letzten drei Jahrhunderte halten das Dogma der Clausel für so völlig unbegründet, dass sie derselben gar nicht Erwähnung thun [2]), viele Andere beschränken sich darauf, zu constatiren, dass mit dieser Clausel der grösste Missbrauch getrieben worden sei und dass dadurch die Sicherheit des Verkehrs aufs schwerste bedroht werde. Die Wahrheit ist aber vielmehr: Die Lehre von der Clausel gehört schon der Zeit der Glossatoren an; sie geht zwar aus von den Verträgen, bezieht sich aber in ihrer späteren Entwicklung durchaus nicht auf diese allein; ihre Basis bildet so wenig bloss die L. 38 cit., dass vielmehr manche ihrer Vertreter diese Stelle zur Begründung gar nicht heranziehen [3]); endlich aber ist der Rechtssatz, den diese Stelle

---

[1]) Auch Baron, Pandekten (8. Aufl.) §. 64 S. 123 spricht nur von den Juristen des 17. u. 18. Jahrhunderts, aber er redet von jener Lehre, die die Clausel nicht bloss auf Verträge, sondern auf Rechtsgeschäfte überhaupt bezog (vgl. alsbald im Text).

[2]) Schon Höpfner, Theoret.-pract. Commentar über die Heineccischen Instit. (8. Aufl. v. A. D. Weber, Frankfurt a. M. 1818) §. 1010 S. 749, bemerkt, dass die Lehre von der Clausel »gewöhnlich in den Compendien und Systemen des Privatrechts übergangen wird«. Am meisten verbreitet war die Lehre bei italienischen und deutschen Juristen, doch wenig in Oesterreich. In den letzten Decennien pflegt man es in privatrechtlichen Werken entweder ebenso zu halten, wie Höpfner von seiner Zeit erzählt, oder man erwähnt sie als literarhistorische Notiz über eine abgethane Lehre mit wenigen Worten; dagegen spielt sie auch heut noch in der völkerrechtlichen Literatur keine unbedeutende Rolle.

[3]) Wenn freilich Förster-Eccius a. a. O. Note 4 im Widerspruch mit dem eigenen Text gerade von jenem Juristen, der im 18. Jahrhundert am meisten dazu beigetragen haben dürfte, die Lehre in der Gerichtspraxis einzubürgern, angiebt, er stütze sie nicht auf die L. 38 cit., so ist auch das nicht zutreffend; Leyser (Medit. ad pand. I. spec. 40, med. 4, p. 412 der Ausgabe

enthält, jenem ohne Frage nahe verwandt, den man aus ihr und anderen Quellenaussprüchen generalisirte, und fraglich kann nur sein, ob und wieweit der letztere gesund und brauchbar und nur seine Formulirung verfehlt oder ob er auch sachlich abzulehnen sei. In der Gesetzgebung ist der Rechtsgedanke, dem die Clausel Ausdruck zu geben sucht, nie ganz verschwunden; richtig aber ist, dass er in den gesetzgeberischen Arbeiten bald in bewusstem Zusammenhang mit der Theorie der Clausel steht, bald aber dieses Zusammenhangs entbehrt.

I. Die Entwicklung der Clausel in der Literatur.

§. 1. So nahe der Wortlaut der L. 38 pr. in f. cit.[1]) es legt, von der Clausel zu handeln, — die Glosse[2]) erwähnt ihrer zu dieser Stelle nicht; sie führt zu dem Passus, der solutionis causa adjectus müsse, um die Zahlung entgegennehmen zu dürfen, in eodem statu geblieben sein, in dem er zur Zeit der Eingehung der Stipulation war, als verwandte Stellen an L. 49 §. 6 D. de leg. III (32) und L. 2 D. de auro, arg . . . leg. 34, 2, um sich dann sofort mit L. 56 §. 2 D. de V. O. (45. 1) von Julianus zu beschäftigen, die da sagt, der Umstand, dass der als solutionis causa adjectus bestellte Haussohn emancipirt worden, verwehre dem Schuldner nicht, wirksam an ihn zu leisten. Bekanntlich hat diese Stelle und Papinian's allgemeiner klingende Aeusserung über die Tragweite der capitis deminutio in L. 95 §. 6 D. de sol. 46. 3 den Auslegern lange Zeit Schwierigkeiten gemacht. Schon die Glosse selbst hat — neben anderen Lösungsversuchen — den scheinbaren Widerspruch durch die Annahme beseitigt,

von 1741) stützt den Satz zwar nicht nur auf die cit. Stelle, wohl aber beruft er sich mit Nachdruck auch auf sie: »Vide vero inprimis L. 38 pr. de sol.«

[1]) . . . tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur: »si in eadem causa maneat.«

[2]) Benutzt sind die Ausgaben Lugd. 1566, 1567 und Aurel. 1625.

L. 38 setze eine Wandlung der conditio adjecti in deterius voraus, während in L. 56 der status des Sohnes melior geworden sei. Diese Lösung acceptirt auch Bartolus[1]), dessen Erklärung auch als Inhaltsangabe des pr. der L. 38 in die glossirten Ausgaben aufgenommen ist[2]). Das freilich hat Bartolus noch nicht klar gesehen, dass es sich dabei um die Frage handelt, ob durch die stattgehabte status mutatio dem Gläubiger die Rechtsverfolgung erschwert oder erleichtert werde; hätte er dies erkannt, so hätte er sich nicht ernsthaft auf die Frage einlassen können, ob die Zahlung an den in ein Kloster eingetretenen adjectus noch zulässig sei[3]). In der That hat es lange gedauert, bis die richtige Auflösung der scheinbaren Antinomie allgemein anerkannt war[4]). Das aber ist wohl ausser Zweifel: In dem, was die Glosse und was Bartolus zur L. 38 bemerken, ist von der Clausel gar nicht die Rede; weder wird sie aus der Stelle entwickelt, noch auch nur an sie angelehnt.

Dagegen kommt die Glosse auf die Clausel zu sprechen bei der von Neratius herrührenden L. Quod Servius 8. D. de cond. c. d. c. n. sec. 12. 4: Eine Person hat eine Ehe geschlossen, obwohl sie noch unmündig war und es ist ein

---

[1]) In II. partem Dig. novi Bartoli a Saxoferrato comment.... Basileae 1588 pag. 252: Ista lex est Africani et ideo difficilis est et subtilis tota. Et in princ. h. l. Si conditio adjecti mutatur in deterius, ei non potest solvi.

[2]) Si conditio adjecti mutatur in deterius, non solvi potest. Bart.

[3]) Er verkennt zwar nicht, dass sich seine conditio respectu creditoris (bezüglich der exactio) verschlimmert hat, aber es macht ihm doch Bedenken, dass man von dem nunmehrigen Mönch mit Grund behaupten könne, er sei respectu sui in meliorem conditionem gekommen.

[4]) Dies ist wohl erst der Fall seit der Abhandlung von Brandis, Ueber den sol. c. adj. Neues Rhein. Mus. f. Jurisprudenz. V. Göttingen 1833 Nr. 11, bes. S. 311—315 vgl. mit S. 280 f. Der von ihm cit. Donellus Comm. jur. civ. XVI. c. 10 §. 36 hat insoweit das Richtige noch nicht, als er auch das Interesse des Promissor in Frage kommen lassen will und die Entscheidung der L. 95 cit. für eine vom Niessbrauch geltende Singularität hält. Wohl aber findet sich das Richtige vollständig schon in der weiter unten zu besprechenden Dissert. von Kopp (1750) c. 2 §. 25 (unten Note 80).

Heirathsgut bestellt; der Jurist entscheidet: donec ... in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio ejus non est.

Zum Schlusssatz bemerkt nun die Glosse: Si istud »potest« extendatur (ut dialectici dicunt), quamdiu uterque vivit, etiam misso repudio non esset repetitio; nam semper possibile est, quod fiat hoc matrimonium. Sed certe non extendimus, sed secundum praesens judicamus, et rebus sic se habentibus loquimur [1]) . . . seu donec alter eorum alias contraxerit . . . Sodann werden Fälle entgegengesetzter Art besprochen.

Diese Glosse commentirt wieder Bartolus [2]): Das quamdiu potest könne allerdings Verschiedenes bedeuten; beziehe es sich nicht auf die Handlung einer bestimmten Person, dann sei es gleichbedeutend mit possibile überhaupt; anders aber hier: ista enim verba: »quamdiu nuptiae contrahi possunt« debent intelligi scilicet ex iisdem sponsalibus . . . et hoc est, quod glossa vult hic dicere: vel quamdiu matrimonium contrahi potest, debet intelligi rebus sic se habentibus h. e. praesentibus sponsalibus. Quod tene menti; quia quando quis renunciat in aliqua re omni juri, quod habet vel habere potest vel posset: oportet enim intelligi rebus sic se habentibus, h. e. ex aliquo jure, quod est de praesenti re vel spe . . . Grade diese Anwendung der Clausel auf allgemein gehaltene Verzichtserklärungen [3]) erschien wenigstens der Zeit, da diese Ausgabe des Bartolus gedruckt wurde, so sehr als das Wich-

---

[1]) Dazu wird berufen L. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1: ... non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

[2]) In secund. part. Dig. veteris ... (Basel 1588) pag. 131.

[3]) Vgl. L. 4 §. 4 D. Si quis caut. 2. 11 und dazu (in den glossirten Ausgaben) die von Bartolus herrührende Inhaltsangabe: Generalis renunciatio casuum fortuitorum non valet in judiciis, secus si specialiter exprimatur.

tigere, dass nur sie aus dem Inhalt der mitgetheilten Stelle in den Loci communes unter dem Schlagwort clausula rebus sic stantibus hervorgehoben wurde [1]; sie kehrt auch in der späteren Literatur [2], namentlich in den Consiliensammlungen [3] nicht selten wieder.

So locker die Verbindung der zwei Anwendungsfälle bei Bartolus war — die verwandte Auslegung des Wortes potest —, so erfährt die Lehre alsbald eine namhafte Erweiterung. Zu der nämlichen L. 8 D. 12. 4 bemerkt schon Baldus [4] — es geschieht dies also jedenfalls noch im Laufe des 14. Jahrhunderts —, dass wir rebus sic se habentibus loquimur, sic et promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus. Dafür

---

[1]) P. Corn. Bredecordius, Loci communes novi et uberrimi in Bartoli a Saxoferrato op. omn. ... Basileae 1589 (nicht paginirt): Clausula r. s. stant. intelligitur, quando quis renunciat omni juri, quod habet vel habere potest in aliqua re.

[2]) Vgl. z. B. Andreae Tiraquelli, Comment. in Leg. Si unquam (8) C. de revoc. don. 8. 55 (56) (Francof. 1574, tom. VI). Praefatio Nr. 133: Ad haec hujusmodi generales renunciationes semper intelliguntur rebus sic stantibus, non autem ex nova causa superveniente unter Berufung auf zahlreiche frühere Vertreter derselben Ansicht. Et id quidem generale est in omnibus dispositionibus et actibus, tam ex nostrorum, quam philosophorum sententia ... Nr. 166: Itaque nec trahuntur hujusmodi generales renunciationes ad futuras exceptiones.

[3]) Einen interessanten Fall dieser Art begutachtet Jac. Menochius in Consil. s. respons. tom. IV. (ed. Francof. a. M. 1676) cons. 378 Nr. 40, pag. 332, 333 unter Anwendung des Grundsatzes: Si consentio alienationi, quam aliquis facit de re, quae in aliquem eventum debet esse mea, hic consensus mihi non praejudicat eveniente casu, in quo res illa ad me devolvatur. Zur Begründung führt er auch an: Afflictus scribit, assensu intelligi clausulam rebus sic se habentibus (arg. L. 8 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4) et cum de hac reversione cogitatum non fuerit tempore assensus, non videtur hoc jus remissum, nisi ex forma assensus appareat, quod in hunc etiam casum consentire voluerit. Vgl. auch Bartoli a Saxoferrato in I. part. Cod. comment. ad l. 1. C. de pact. 2. 3 (ed. Basil. 1588, pag. 141). In den glossirten Ausgaben fasst die mit des Baldus Namen gezeichnete Ueberschrift dieser Stelle ihren Inhalt in die Worte: Pactum super incerto remittendo valet.

[4]) Lectura domini Baldi de Perusio super secunda parte Dig. vet. ... (ed. 1518, Fol. 59).

beruft er sich auf L. 54 §. 1 D. loc. 19. 2; er erklärt die Entscheidung, die sie enthält, daraus, dass es verisimile sei, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret[1]). Diese Argumentation aber auch in vielen anderen Fällen anzuwenden, liegt nahe genug. Etwa hundert Jahre später erklärt unter Berufung auf zahlreiche Vorgänger Jason de Mayno[2]), die Clausel sei zu subintelligiren in den Verfügungen der Gesetze (prout nunc stant), in letzten Willensordnungen, Contracten, Privilegien, Eiden[3]), beschworenen Statuten und beschworenen Verzichtserklärungen; als Beispiel der letzteren Art führt er den Eid eines Studenten an, dahin gehend, er wolle den Doctorgrad nur in der Stadt erwerben, in der er studirt hatte, — ein Beispiel, das sich öfters (z. B. bei Alciatus) angeführt findet. Noch allgemeiner aber drückt sich Tiraquellus (loc. cit. Nr. 167) aus: Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelligantur rebus sic stantibus[4]).

---

[1]) Genau dieselbe Begründung für das Recht, den Pächter vor Ablauf der Pachtzeit auszutreiben, findet sich noch vier Jahrhunderte nach Baldus.

[2]) In primam Dig. veteris part. comment. Lugd. 1582 (zuerst erschienen in Mailand 1507) Fol. 140, 8—10.

[3]) Tiraquellus loc. cit. Nr. 166 sagt darüber: Praeterea juramentum semper intelligitur rebus sic stantibus, atque (ut utar verbis Livii ...) eodem manente statu. Dafür fand schon die Glosse ein starkes Argument in L. 38 pr. D. ad munic. 50. 1.

[4]) Diese Nr. 167 ist in ihrem weiteren Verlauf dadurch von Interesse, dass sie eine grössere Anzahl von Quellenstellen nennt, die in den zu ihnen gehörenden Glossen als Argumente für die Lehre von der Clausel behandelt sind. L. 8 D. 12. 4 u. L. 54 §. 1 D. 19. 2 wurden von allen angesehenen juristischen Zeitgenossen Tiraquell's in diesem Sinne benutzt; von der L. 38 D. de sol. 46. 3 wird hervorgehoben, dass Baldus sie als eine Stütze dieser Lehre angesehen habe. Dass auch L. 43 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6 in diesem Zusammenhange angeführt wird, beweist vielleicht noch nicht, dass man schon damals mit der Subintelligirung der Clausel in erbrechtliche Dispositionen vollen Ernst gemacht habe, denn in dieser Stelle handelt es sich um die Auslegung eines beneficium principale.

Alsbald wurde auch die Glosse[1]) zu regula 21 de R. J. in VI.[2]) herangezogen. Zwar beschäftigt sie sich mit der Clausel nicht ex professo; vielmehr nennt sie eine grosse Zahl von Fällen, wo die reg. 21 nicht zutrifft (fallit), meist solche, die von dem regelmässig behaupteten Anwendungsgebiet der Clausel weit abliegen; sie nennt z. B. die rechtliche Möglichkeit, ein Testament zu widerrufen, ein Precarium beliebig zurückzufordern, beim Innominatvertrag zu pönitiren, ein Verlöbniss durch Eingehung einer Ehe mit einer anderen Person oder durch den Eintritt in einen kirchlichen Orden aufzuheben. Dann spricht diese Glosse aber auch von Fällen, wo die regula fallit ex causa superveniente vel de novo ad notitiam perveniente, und darum wird sie in der späteren Literatur unter den Argumenten für die Lehre von der Clausel angeführt. So knüpft Andreas Alciatus[3]) offenbar an sie an, wenn er sagt: Praesumitur quis durare in ea voluntate, in qua fuit; die Behandlung der Verträge richte sich ja grundsätzlich nach dieser Regel: non attenditur ista clausula rebus sic stantibus, nec licet alteri mutare voluntatem. Aber diese Regel treffe nicht zu, wenn der Vertragswille auf einem Irrthum beruhe; ebenso sei es quando dispositio aliqua requireretur ex natura contractus, quia illa subintelligeretur per illam clausulam; ferner wenn das Gesetz den Willen des Erklärenden so auslegt, dass es ihm den Widerruf gestattet, wie z. B. den einer Schenkung wegen nachgeborener Kinder; ebenso auch, quando superveniret aliqua causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verisimiliter esset agitatum . . .

Auf die reg. 21 cit. und deren Glosse[4]) beruft sich auch

---

[1]) Benutzt ist ed. Lugd. von 1584.

[2]) Die Stelle lautet: Quod semel placuit amplius displicere non potest.

[3]) Tractatus de praesumtionibus; reg. II, praes. 16, Nr. 4, 5 (in Op. tom. IV. Basil. 1582, col. 774).

[4]) Ferner auf die Glosse zu L. 38 de sol., auf Bartolus zu L. 9 §. 13 D. de her. inst. 28. 5 und einige andere bereits angeführte Stellen.

der Bischof Barbosa[1]) († 1649): Pacta intelliguntur rebus ita stantibus . . . so dass mutato rerum statu mutetur etiam observatio pactorum. Daran dürfe die reg. 21 nicht irre machen, denn sie gelte nicht, wenn nova causa emergat . . . Licet tamen vis pacti sit immota, cessat tamen propter novam causam et mutatum rerum statum.

§. 2. Der Erste, der sich gegen die Lehre aussprach, dass Rechtsgeschäften (allen oder gewissen) und insbesondere Verträgen die Clausel rebus sic stantibus inhärire, war, so viel ich sehe, Hugo Grotius[2]). Die Stelle, in der er ex professo von der Frage spricht (II. cap. 16 §. 25 Nr. 2), klingt ziemlich entschieden: Solet et hoc disputari, an promissa in se habeant tacitam conditionem: si res maneant quo sunt loco. Quod negandum est, nisi apertissime pateat, statum rerum praesentem in unica illa ratione inclusam esse, quam diximus[3]); sieht man aber des Näheren zu, so bleibt bei der Durchführung seiner These von seinem an die Spitze gestellten Einspruch gegen die herrschende Lehre nicht allzuviel übrig, daher denn auch spätere Vertreter der Clausel sich zur Widerlegung Groot's auf seine eigenen Aussprüche beriefen. Er lehrt unter dem Gesichtspunkt billiger Auslegung (II. cap. 16 §. 27 Nr. 1—3), man brauche sich nicht an die Worte des Geschäftes zu halten, wenn ihre Befolgung nach billiger Auffassung zu schwer und unerträglich wäre; darum dürfe der Commodant die verliehene Sache vor Ablauf der vereinbarten

---

[1]) Thesaurus locorum communium jurisprudentiae ex axiomatibus Augustini Barbosae et analectis J. O. Taboris aliorumque concinnatus; ed. . . . tertia novis axiomatibus Sam. Strykii aucta. Lips. 1697. Lib. XIV. c. 1, axiom. 12.

[2]) De jure belli et pacis . . . Zuerst erschienen: Paris 1625. Deutsche Uebersetzung von J. H. v. Kirchmann. Berlin 1869.

[3]) Damit bezieht sich Groot auf II. cap. 16 §. 23, wo ausgeführt ist, es dürfe der Inhalt eines Versprechens, dessen Beweggrund feststeht, nicht für sich betrachtet werden, sondern müsse nach seiner Uebereinstimmung mit diesem Beweggrund beurtheilt werden. Er baut auf diese Erwägung einen Fall der einschränkenden Auslegung.

Zeit zurückfordern, wenn er selbst sie nothwendig brauche, weil man nicht annehmen könne, dass er sich zu seinem grössten Schaden habe verpflichten wollen; darum brauche, wer dem Genossen Hilfe versprochen hatte, sein Versprechen nicht zu erfüllen, wenn ihm selbst zu Hause Gefahr drohe; darum sei Gewährung von Steuer- und Zollfreiheit nur von den regelmässigen Abgaben dieser Art zu verstehen, nicht aber von den ausserordentlichen, die der Staat in seiner höchsten Noth nicht entbehren könne; darum sei — dieses Beispiel lehnt sich an einen von Cicero besprochenen Fall an — wer seinem Nachbar seine Arbeit für einige Tage versprochen habe, an sein Versprechen nicht mehr gebunden, wenn ihn eine schwere Krankheit seines Vaters oder Sohnes zurückhalte. Demgemäss interpretirt er auch Seneca's [1]) Satz: omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas; allerdings sei es ein Vertragsbruch, wenn ich das Versprochene nicht leiste, obwohl noch Alles so sei, wie zur Zeit des Versprechens; habe sich aber etwas geändert, dann habe ich das Recht, nochmals zu überlegen. Auch mit Seneca's Beispielen ist er einverstanden: habe ich meinen Rechtsbeistand versprochen, und ergibt sich dann, dass eine Verfolgung meines Vaters vorbereitet wird; habe ich versprochen, Jemand auf einer Reise zu begleiten, und kommt dann die Meldung, dass Räuber die Strasse unsicher machen; habe ich versprochen, sofort zu kommen, dann aber erkrankt mein Sohn oder meine Frau kommt in die Wochen — so brauche ich in allen diesen Fällen nicht Wort zu halten [2]).

---

[1]) De benefic. lib. 4 c. 35. Es ist interessant, dass Leyser den nämlichen Ausspruch zum Ausgangspunkt nahm, um eine ausgedehntere Geltung der Clausel zu vertheidigen.

[2]) Gleichfalls vom Standpunkt der Vertragsauslegung kam Groot zu dem Ergebniss, der eine Contrahent könne von einem gegenseitigen Vertrage zurücktreten, wenn der andere das nicht vorher erfülle, was er zu leisten schuldig sei; denn bei einem Vertrage können einzelne Punkte so zu verstehen

Immerhin war die Autorität des Grotius so bedeutend, dass sein Widerspruch gegen die herrschende Lehre, so alt und verbreitet sie auch war, nicht unbeachtet blieb; insbesondere folgten ihm Pufendorf und Schilter. Der Erstere [1]) hat freilich kaum mehr als ein fast wörtliches, gedankenloses [2]) Ausschreiben Groot's geleistet; er hat nur nach dem Satze: Id quod in genere est negandum, bevor er die Ausnahme (nisi . . .) vorbringt, eingeschoben: Nam cum haec conditio sit odiosa [3]), utpote irritum reddens promissum, non facile est praesumenda, ubi non fuerit addita.

Besser bemerkt Schilter [4]): Ex formula: rebus sic stanti-

---

sein, als wenn gleichsam ausbedungen wäre, dass man die eigene Leistung nur dann vorzunehmen gehalten sein solle, wenn zuerst der andere Contrahent geleistet habe. Insbesondere wenn ein Bündniss durch den einen Theil verletzt sei, könne der andere zurücktreten, denn die einzelnen Theile eines Bündnisses haben die Kraft einer Bedingung. L. III. cap. 19 §. 14, II. cap. 15 §. 15. So auch Martini, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts II. (Wien 1784) §. 280 und daher das westgal. G.B. III. §. 28; ebenso Cod. civ. art. 1184, C. v. Rotteck, Lehrb. des natürl. Priv.R. (1829) I. S. 219. S. auch unten §. 6. c. m.

[1]) Sam. lib. bar. de Pufendorf, De jure nat. et gent. libri 8 (zuerst erschienen 1672; hier ist benutzt die Ausg. v. Gottfr. Mascovius, Frankf. und Leipzig 1794), lib. 5, c. 12, §. 20 (tom. I p. 835). Deutsche Ausgabe: Herrn Sam. Freyherrn v. Pufendorff acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht mit des Weitberühmten ICti Joh. Nic. Hertii . . . Anmerkungen. Frankf. a. M. (1711) Band II. S. 225 f.

[2]) Er führt aus Groot auch das Beispiel an betreffend die Gesandten, welche unverrichteter Dinge nach Beginn der Reise umkehren, weil sie erfahren, dass an dem Orte ihrer Bestimmung eine solche Veränderung eingetreten sei, durch die der Zweck ihrer Mission entfiel — ohne zu bedenken, dass das Beispiel hier darum nicht passt, weil es sich gar nicht um ein Promissum handelt.

[3]) Die deutsche Ausgabe übersetzt: »Denn da diese Bedingung verhasset ist«. In der lateinischen lässt eine Note des Herausgebers diese Begründung fallen: Hoc non inde est, quod conditio videatur odiosa, sed quia, si conditio quavis promissione contineri dicatur, nulla plane invenietur, qua secure niti queamus.

[4]) Joan. Schilteri institutionum jur. publ. rom.-germanici libri duo. (Argentor. 1697.) L. III. tit. 3 §. 3 (p. 326).

bus limitari solent conventiones et promissa imprimis etiam principum, quum status publici mutatio majorem vim habeat, quam privatorum. Verum cum grano salis intelligenda est haec formula: generaliter enim intellecta admodum periculosa foret et omnis fides inter mortales elevari posset, quae inter principes exuberare debet. Darum schliesst er sich dem von Groot erhobenen Widerspruch an und fügt mit Beziehung auf die von diesem aufgestellte Ausnahme bei: sive illa ratio et qualitas addita sit conventioni, sive alias de ea constet, vel si res exitum habere non posset in statu mutato aut saltem praeter intentionem agentium esset; itaque potius inspiciendum, quod gestum est, quam quod expresse dictum. L. 19 D. de V. O.[1]), t. t. Cod. plus valere quod agitur . . . 4. 22.

§. 3. Die Mehrzahl der Juristen liess sich durch Groot nicht irre machen in ihrem Glauben an die Richtigkeit der herrschenden Lehre. Als Einer von Vielen sei hier Brunnemann[2]) genannt, da er Viele nennt, die der Lehre des Tiraquellus folgen. Er führt in Anlehnung an L. 38 de sol. (pars II. p. 584 f.) aus, was schon so oft gesagt worden: dass man dem sol. c. adj. nicht zahlen dürfe, wenn seine conditio in deterius geändert sei, quia tacite inest haec conditio stipulationi: si in eadem causa maneat, sowie dass auch ein Mandat ipso jure als widerrufen angesehen werde, quando status alterius commutatur . . . Nota etiam, clausulam rebus sic stantibus in omnibus contractibus subintelligendam . . . Et haec clausula maxime in constitutione dotis subintelligenda, si ex feudo dos amplissima etiam cum consensu domini et agnatorum constituatur vel tutoris filii, si tamen postea ob cladem belli-

---

[1]) . . . gestum rem significare sine verbis factam.

[2]) Joan. Brunnemanni, Comment. in leges Pand. Francof. ad Viadr. 1683 (zuerst 1670). So lautet das mit einem Bilde gezierte Titelblatt. Das darauf folgende Blatt nennt als Titel: Comment. in 50. libr. Pand. . . . ed. Stryk. ed. 3tia und als Verlagsort: Francof. ad Moen. 1683.

cam mutata facies, moderatio adhibenda, ut in facultate nostra responsum memini. Ebenso wird die alte Lehre als feststehend vorgetragen bei Brusselius[1]): Sed et hanc inesse promissionibus conditionem ajunt: si non is casus obtigerit, qui praeter opinionem fuit, cuique jus indulgeat . . . »Si res in eodem statu permanserit« ut plurimum quoque inesse putant . . . [2]). Insbesondere führt er auf die subintelligirte Clausel zurück, dass Gregor IX. in c. 16 X de haeret. 5. 7 absolutos eos a debito fidelitatis et obsequii esse pronunciavit, qui lapsis in haeresim aliquo pacto sint adstricti, sowie (pag. 274) dass ein Gesellschafter an den Gesellschaftsvertrag nicht mehr gebunden sei, wenn das Geschäft verboten wurde, wegen dessen er den Vertrag einging.

Nach einer bis dahin wenig erörterten Seite finden wir die Clausel besprochen bei Wernher[3]). Er lehrt: In omnibus conventionibus, adeoque etiam in sponsalibus contractis, tacite subintelligenda clausula: si res in eodem statu permanserit. Dabei theilt er einen vom Wittenberger Spruchcollegium im Jahre 1691 entschiedenen Rechtsfall mit: Ein Candidat des geistlichen Amtes, der versprochen hatte (fidem dederat), eine der mehreren Töchter (nicht eine bestimmt bezeichnete) eines dortigen Geistlichen zu heirathen, wurde auf Erfüllung des Eheversprechens geklagt, die Klage aber abgewiesen. Die Gründe[4]) führen aus: Zeugenaussagen hätten erwiesen »der N. N. Töchter wildes Leben, darüber sich die gantze Gemeinde geärgert, ingleichen ihre üppige und, sonderlich erbaren Priesters-Töchtern, ganz unanständige Con-

[1]) Philib. Brusselii tract. de condit. test., contract. et pactorum. Francof. et Lips. 1700. Lib. IV. tit. 1: de condit., quae tacite insunt, §. 14, 19.

[2]) Von den hiezu bei diesem Autor allegirten Belegstellen sind einige verdruckt oder verschrieben, andere an unrechtem Platze angebracht, so dass seine Darstellung einen verwirrten Eindruck macht.

[3]) Joh. Balth. lib. bar. a Wernher, Select. observ. forens. edit. noviss. Jen. et Lips. 1746 (zuerst 1710 ff.). Pars III. obs. 234 (tom. I. pag. 701 sequ.).

[4]) Ich theile die processrechtlichen Erwägungen nicht mit.

versation mit Soldaten und gemeinen Knechten, worüber ihr seliger Vater selbst nicht wenig geeifert, wie nicht weniger den wider den Beklagten, und zwar zu der Zeit, da er sich zur Beförderung des Reverses eben eingefunden und ihr Comportement exploriren wollen, gefassten sonderbaren Hass und Widerwillen genugsam an den Tag geleget; hierüber die im Revers gesetzte Frist nicht erwartet, sondern die älteste Tochter gar bald einen Soldaten, von dem sie zu vorhero geschwängert worden, geheyrathet, die übrige beyde Schwestern die Klage zur Unzeit erhoben, sowohl die mittlere pendente lite sich gleichfalls verheyrathet, und solchergestalt die im Revers ausdrücklich vorbehaltene Wahl durch sothanes eigenthätiges Unternehmen Beklagten entzogen, ungeachtet sie in der Klage den Revers agnosciret, das Petitum alternative eingerichtet haben; Zu geschweigen, dass vorgemeldte Depositiones testium . . . von solcher Wichtigkeit zu achten, dass sie auch die Sponsalia selbsten, welche doch allhier noch nicht einmahl zu befinden, zu hinterziehen und zu dissolviren vermöchten und diesem nach alle Contractus und verbindliche Conventiones anderer gestalt nicht, als rebus in eodem statu permanentibus, zu verstehen sind: L. 38 pr. D. de solut., Tiraquellus ad L. Si unquam C. de revoc. don., praef. Nr. 166 [1]); Zumahlen im gegenwärtigen Falle bey einer geistlichen Person, und da der N. N. Töchtere Verhalten der Gemeine bereits kund worden, grössere Behutsamkeit zu gebrauchen, allerdings vonnöthen sein will; als sind wir« u. s. w. [2]).

---

[1]) Oben S. 229 Note 3.

[2]) Die gleiche Lehre vertritt ein paar Decennien später auch J. H. Boehmer, Jus eccl. prot. (ed. 3. emand. Hal. 1736) Lib. 4 tit. 1 §. 160 (p. 1210 seq.). Er sagt unter Berufung auf c. 25 X de jurejur. 2. 24: So wie omnis promissio intelligitur sub clausula rebus sic stantibus, so gebe es auch viele Gründe, die von Obligationen befreien. Die Erfahrung zeige, dass das Nämliche auch von den Sponsalien gelte, quibus eadem inest conditio; man möge es ihm nicht verübeln, dass er ein Argument von den Verträgen hernehme, da doch auch die Verlöbnisse und selbst die Ehe durch Vertrag eingegangen werden. Ebenda

§. 4. So allgemein die über die Clausel aufgestellten Sätze auch bei vielen der bisher besprochenen Schriftsteller klingen mögen, eine ins Einzelne gehende Theorie derselben hat keiner entwickelt, und mancher mag doch wohl nur einzelne Anwendungsfälle (den Eid, den Verzicht u. s. w.) ernsthaft im Auge gehabt haben; über das Gebiet der Verträge gingen nicht allzuviele hinaus. Das ändert sich seit dem Ende des 17. Jahrhunderts. Bei Cocceji[1]) findet sich eine im Jahre 1699 abgehaltene, 28 Quartseiten füllende Disputation, die eine Monographie über unsere Clausel ist[2]) und in wichtigen Punkten andere Wege geht, als die früheren. Der L. 38 pr. D. de solut. ist in der ganzen Abhandlung mit keiner Sylbe gedacht. Der Verfasser ist insofern ein Gegner der Clausel, als er ihr grade auf dem Gebiet der obligatorischen Verträge eine bescheidene Rolle zuweist[3]); andererseits

---

§. 168 (p. 1219): ... Repudii causae ... magnopere ex discreti judicis arbitrio dependent ... Die Hauptregel sei: tum esse repudio locum, quoties post constituta sponsalia ejusmodi obvenerit incommodum, quod repudiantem, si praescisset, a spondendis nuptiis sine dubio deterruisset. Omnis enim promissio habet in se conditionem tacitam: rebus sic stantibus, quam nec sponsalia repudiant ... Quodsi ergo tam notabilis rerum mutatio supervenit, quam si alter desponsatorum praevidere potuisset, nunquam rationabiliter sponsalia contraxisset, justa erit repudii causa ...

[1]) Henrici de Cocceji, Exercitat. curiosarum Palatinarum, Trajectinarum et Viadrinarum vol. II ... Lemgoviae 1722.

[2]) Disput. XV. De clausula rebus sic stantibus (p. 286—313). Respond. Henricus Meier, Bremensis.

[3]) Darum konnte Joh. Ulr. Cramer (Observ. juris univ. ex praxi recent. supr. imperii tribunalium haustae. 6 tomi. Wetzlar 1758 ff.) tom. 5. obs. 1390 wiederholt an Cocceji's Argumentationen anknüpfen, um die Regel von der Geltung der stillschweigenden Clausel gänzlich abzulehnen. Im Uebrigen sind seine Gründe nicht neu: Die Regel würde viele Verträge um ihre rechtliche Wirkung bringen, da sich in äusseren Umständen leicht Veränderungen ergeben, während doch Ereignisse, welche die Erhaltung eines erworbenen Rechtes nicht hindern, nicht geeignet seien, das zu schädigen, was utiliter gestum est, und es der Vernunft und der Rechtsordnung besser entspreche, dass eine Aenderung der accidentia die bindende Kraft eines Geschäftes nicht aufhebe.

aber behandelt er sie wie ein Rechtsprincip allgemeinster Art: Völker- und Kirchenrecht, Civilrecht [1]), öffentliches und Lehenrecht, Strafrecht und Processrecht werden, immer nach der Richtung hin, untersucht, ob und wie weit die tacita clausula in ihnen rechtliche Bedeutung habe. Eine solche leugnet er für die beiden letztgenannten Gebiete der Rechtsordnung, auf allen anderen findet er sie, wenn auch in verschiedenem Umfang wieder. Wie sich von selbst versteht, stützt sich auch Cocceji nicht, wie seine Vorgänger, bloss auf einige wenige Quellenstellen, sondern er zieht die Quellen umfassender heran.

Die res, die in der Clausel erwähnt sind, umfassen omnia, de quibus in jure quaestio esse potest. Sic stare vero res dicuntur, quae in eodem statu, in quo initio fuerunt, atque in eadem conditione permanent . . . Ille (status) autem mutatur, quoties novi aliquid fit. Der status rerum setzt sich zusammen aus unzähligen Umständen und kann in ebenso mannigfacher Art geändert werden. Aber es ist zu unterscheiden zwischen substantialia status und deren accidentia; eine Aenderung der ersteren bewirkt unzweifelhaft eine mutatio status [2]), die jedoch nicht immer relevant ist [3]); es muss darum weiter unterschieden werden [4]) zwischen substantialia, die nur ad causae vel negotii constitutionem und solchen, die auch ad ejus conservationem gehören [5]). Auch rücksichtlich der

[1]) Und zwar Personen-, Sachen-, Vertragsrecht und Recht der letzten Willensordnungen. Vom öffentlichen und Lehenrecht gelten dieselben Grundsätze, wie vom Civilrecht.

[2]) Das sei der Sinn der L. 3 §. ult. D. de his, quae pro non script. 34. 8 . . . quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

[3]) L. 85 §. 1 D. de R. I. 50. 17: Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

[4]) Diese Unterscheidung ist zuerst von Cocceji gemacht.

[5]) Zu den ersteren zählt z. B. die persönliche Fähigkeit zur Errichtung des Geschäfts, zu den letzteren die Fähigkeit, Sachen zu besitzen und das Eigenthum derselben zu behalten.

accidentia ist zu unterscheiden: Ist die Clausel ausdrücklich beigerückt, dann hebt jede unter die Clausel fallende Aenderung der Umstände die Disposition auf[1]), und eben darum trifft die Beweislast den, der da behauptet, die vorliegende Aenderung falle nicht unter den Sinn der Clausel. Ist die Clausel aber nicht beigerückt, dann hat als Regel zu gelten, dass die Wirksamkeit des Rechtsactes durch eine Aenderung der accidentia keinen Eintrag erfährt, möchte immerhin die Partei nicht so verfügt haben, wenn sie diese Aenderung hätte voraussehen können[2]). Doch gibt es Ausnahmen von dieser Regel und zwar grade auf Grund der Aenderung der Umstände — Ausnahmen, welche die Rechtsordnung recht und billig gefunden hat. In allen diesen Fällen muss aber nicht nur erhellen, dass die Partei an diese Aenderung der Umstände nicht gedacht habe, sondern auch, dass die Verfügung für den nun eingetretenen Fall, wenn sie ihn vorausgesehen hätte, nicht getroffen worden wäre. Nur unter diesen Voraussetzungen kann man sagen, dass Inhalt und Sinn der Verfügung, die ja deren Seele sind, wegfallen (arg. L. 12 D. de transact. 2. 15). Diese Voraussetzungen muss aber der sie Behauptende beweisen. Mag jedoch die Clausel beigerückt oder nur zu subintelligiren sein, so ist, wenn der Fall derselben eintritt, ihre Wirkung im Allgemeinen die, dass ex-

---

[1]) Sehr viele Veränderungen werden aber als nicht unter die Clausel fallend anzusehen sein; so die ganz unbedeutenden, aber auch manche andere; z. B. eine Gesellschaft wird dadurch nicht aufgehoben, dass der socius heirathet oder dass er Rathsherr wird; und der massgebende Status ist nicht zu verstehen von den einzelnen Acten und ihrer wirklichen Vornahme, sondern de facultate agendi, quae eo tempore, de quo agitur, fuit. So mussten z. B. die Reichsstände, die am 1. Jänner 1624 das Recht der öffentlichen Religionsübung hatten, um dieses Recht auch weiterhin zu geniessen, nicht grade am 1. Jänner Geistliche berufen oder kirchliche Constitutionen erlassen haben.

[2]) Die verkaufte Sache bleibt also verkauft, möchte der Verkäufer späterhin ihrer noch so sehr bedürfen, da sonst kein Verkauf gegen Widerruf gesichert wäre.

tinguitur omnis effectus prioris status et res ipsa secundum praesentem statum dijudicatur et deciditur [1]).

Dies die allgemeine Grundlegung der Lehre bei Cocceji. Er wendet diese Regeln zunächst an auf den Fürsten, der ein Feind seines Landes und Volkes geworden ist. Dadurch ist die Seele seiner Herrschaft getroffen, die Fasces kehren nun wieder zum Volke zurück, das diesen Pseudofürsten sogar vernichten kann. Aber freilich Versündigungen selbst gegen das Naturrecht oder Verbrechen, die dem Fürsten zur Last fallen, machen ihn noch nicht zum Feind seines Volkes. Hatte doch auch König David Ehebruch und Mord begangen! Niemandem fiel ein, ihn darum zu entthronen — Gott strafte ihn und der Prophet liess ihn hart an, das genügte.

Ein Frieden wird für ewige Zeiten geschlossen. Verletzt ein Paciscent dessen Bestimmungen oder fügt er dem anderen neues Unrecht zu, so alterirt das den Friedensvertrag nicht, da er sich nur auf das bezieht, was die Ursache des durch ihn beendigten Krieges bildete [2]). Sucht der Verletzte sein Recht mit den Waffen, so fordert er Genugthuung wegen der neuen Rechtskränkung.

Aus dem Gesagten erhellt, dass sich der Kurfürst Moriz von Sachsen mit Recht auf die Clausel berufen konnte, als

---

[1]) Danach möchte man annehmen, die Meinung gehe auf eine ipso jure eintretende Infirmation des Geschäfts. In der That sagen das viele Spätere ausdrücklich, entscheiden aber einzelne Fälle doch von einem anderen Standpunkt; oder sie nehmen umgekehrt an, das Zurückgehen des Geschäftes erfolge nicht ipso jure, lassen aber in einzelnen Fällen die Ungiltigkeit gleichwohl ipso jure eintreten. Vgl. z. B. W. A. Lauterbach, Coll. theor. pract... stud. fil. U. T. Lauterbach (I. ed. nova. Tubing. 1726, II. ed. 3. 1723, III. ed. 3. 1725) einerseits lib. II. tit. 14 §. 71 und lib. 36 tit. 2 §. 7, wonach Bedingungen, die propter naturam rei vel ex legis dispositione tacite inesse dicuntur, propriae conditiones non sunt, nec actum faciunt conditionalem, andererseits lib. 39 tit. 5 §. 53, wo er eine derartige tacita conditio durchaus als Resolutivbedingung wirken lässt. Vgl. auch Voet, Comm. ad Pand. Halae 1779, tom. IV. p. 775—778 ad libr. 28 tit. 7. §. 3. 4.

[2]) Die S. 232 f. Note 2 a. E. erwähnte entgegengesetzte Lehre Groot's wird von Cocceji als irrig bezeichnet.



er von Heinrich II. von Frankreich des Bruches des Bündnisses von Friedewald (1551) beschuldigt wurde. In diesem Bündniss war bedungen, ne dissentientibus sociis pax (cum imperatore) fieret. Der Bund war zur Rettung der Gewissensfreiheit zu einer Zeit geschlossen gewesen, da die Freiheit des Reiches und der Gewissen durch den Papst schwer bedroht war. Moriz aber hatte den Frieden erst geschlossen, nachdem durch den Passauer Vergleich die ganze Sachlage verändert und damit jene Gefahren behoben waren, die für den Abschluss des Bündnisses massgebend gewesen waren.

Auch der Streit der Hansa mit England (1595) ist nach diesen Grundsätzen leicht zu beurtheilen. England hatte gewisse Begünstigungen, die der Hansa zu einer Zeit bewilligt worden waren, da Englands Handel darniederlag, widerrufen, weil nun die Sachlage ganz geändert sei[1]; allein non potest quod causa fuit dandi privilegia, idem esse causa eorum destruendi.

Für die Zulässigkeit des Rücktritts von einem (beschworenen) Verlöbniss aus dem Grunde, weil die Braut lepros, paralytisch oder abschreckend hässlich geworden war, führt zwar Cocceji auch an, dass der Bräutigam an eine solche Veränderung nicht gedacht, und, wenn er sie vorausgesehen, sich nicht verlobt hätte; da aber hier die Erfüllung des beschworenen Versprechens sine peccato noch immer möglich wäre, so fügt er hinzu, man gestatte den Rücktritt, weil dadurch grössere Uebel vermieden werden.

Das Versprechen, einen Sklaven oder auch einen Freien zu sistiren, ist nur dann gehörig erfüllt, wenn er in einem nicht verschlechterten Status sistirt wird; eine deterior causa

[1]) Die der Hansa gegebene Antwort der Königin Elisabeth steht bei Guil. Camdenus, Annales rerum anglic. et hibernic. regnante Elizabetha (Lugd. Bat. 1625) p. 652: ... privilegia ... refixa esse utique temporibus non accommoda: concessa scilicet, cum res mercatoria et nautica apud Anglos jaceret, ideoque eorum usum regnante Maria omnino fuisse inhibitum ...

ist aber nur eine solche, die dem Gläubiger ungünstiger ist ratione actionis (z. B. wegen eines neuen privilegium fori), nicht auch, wenn sie es nur ist ratione exactionis (z. B. weil der Beklagte inzwischen neue Schulden contrahirt hat).

Da der bei einer Beerbung concurrirende venter zunächst für drei zählt, so erhält sein einziger Miterbe vorläufig nur ein Viertel der Erbschaft, aber rebus sic stantibus; je nach dem Ausfall der Geburt vergrössert oder verkleinert sich seine Erbportion. Dagegen enthält die Legitimation und die Adoption [1]) die Clausel nicht, soweit es sich nicht um eine Aenderung des status selbst (z. B. eine Deportation) handelt.

Jura rerum gibt es nicht mehr und nicht weniger als vier: Eigenthum mit seinen Unterarten, Erbrecht, Servituten und Pfandrecht. Für Eigenthum und Pfandrecht wird die Clausel im Allgemeinen nur dann von Bedeutung, wenn res in eum statum pervenerit, ut possideri nequeat. Wohl aber hebt später eintretende mala fides das Recht zur Anstellung der publiciana auf, und da kraft der Bestimmungen des kanonischen Rechtes die bona fides ein substantiale der Ersitzung geworden ist, so ist diesfalls die Clausel auch bei der Usucapion zu subintelligiren.

Auch dass die Ehefrau ihr Heirathsgut durante matrimonio nicht zurücknehmen darf, ist nur rebus sic stantibus zu verstehen; droht dem Manne Vermögensverfall, so kann sie es daher zurückfordern, es wäre denn, sie hätte wissentlich einen verschuldeten Mann geheirathet, in welchem Fall von einer Veränderung der Vermögensumstände nicht die Rede ist. Ebenso ist es auf den mutatus status zurückzuführen, dass die Veräusserung eines Dotalgrundstückes durch den Mann convalescirt, wenn er das volle Eigenthum des Grundstückes erwirbt.

---

[1]) Da die Einkindschaft hodie loco adoptionum recepta est, so hören auch ihre Wirkungen weder secuta bonorum divisione, noch durch den Tod auf.

Den Contracten wohnt die Clausel in der Regel nicht stillschweigend inne. Es hat auch keinen Zusammenhang mit ihr, wenn durch einen neuen Vertrag oder ex nova causa an der Obligation etwas geändert wird, und auch die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der laesio enormis oder einem Sachmangel zu sehen sei, hat mit der Clausel nichts zu thun. Anders aber ist es, wenn die Obligation in eine Lage kommt, unde incipere nequit; und ausserdem lassen specielle Rechtsnormen die Clausel in einigen Fällen eingreifen. Dahin gehören die — im Uebrigen nicht durchaus auf gleichem rechtlichen Niveau stehenden — vier Fälle, wo der Vermiether, und der Fall, wo der Miether von einem giltigen Miethvertrag zurücktreten kann, weil er justam timoris causam habuerit [1]. Die Societät endigt durch publicatio oder cessio bonorum eines Gesellschafters. Der Depositar braucht das deponirte Schwert dem wahnsinnig gewordenen Deponenten nicht zurückzugeben. Kommt der Mandatar in Concurs, so gilt das Mandat als widerrufen, wird er proscribirt, so ist es ipso jure nullum, nur beruhe die letztgenannte Entscheidung, und viele andere ähnliche, die ex nova causa sunt, nicht auf der Clausel; auch dass der verarmte Schenker das beneficium competentiae habe und dass er wegen nachgeborener Kinder die Schenkung widerrufen könne, beruhe nicht so sehr auf der Clausel, als auf billiger positiver Rechtssatzung.

Dagegen ist die Clausel in den letzten Willensordnungen ratione voluntatis testatoris regulariter enthalten; die Verfügungen des Erblassers gelten nicht für Fälle, an die er nicht gedacht hat, und für die er, wenn er an sie gedacht hätte, so nicht verfügt haben würde; so die Anordnung einer Vormundschaft, wenn der Vormund wahnsinnig oder für einen

[1] Zu der — auch noch von viel Späteren erörterten — Streitfrage, ob auch die Furcht vor Gespenstern dahin zähle, bemerkt Cocceji, dass bei nicht abergläubischen Völkern die wenigsten Gespenster gesehen werden, daher man wohl fragen könne, ob es überhaupt solche gebe.

Verschwender erklärt wird; so das Legat, wenn der Legatar schwere Feindseligkeiten verübt; so die Erbeinsetzung bei einer agnatio postumi oder die eines Fremden, wenn der Testator seinen Sohn präterirte, nicht wissend, dass er noch am Leben sei. Dagegen wird ein Legat nicht unwirksam durch eine Veränderung der legirten Sache[1]), es wäre denn, dass der Testator die Absicht gehabt habe, durch seine Handlung das Vermächtniss aufzuheben oder das Eigenthum der legirten Sache durch Specification auf einen Anderen zu übertragen.

§. 5. Grosses Ansehen hat die Vertheidigung gewonnen, die Leyser der Clausel in seinen Meditationen zweimal gewidmet hat[2]), — schwerlich darum, weil seine Argumente von so grossem Gewichte waren, eher aus dem Grunde, weil er sich darauf beschränkte, der Clausel ihre Geltung auf dem Gebiete der promissiones (einschliesslich der Verlöbnisse) zu vindiciren. Omne pactum, omnis promissio — so beginnt er in spec. 40 — rebus sic stantibus intelligenda est. Das sei auch der Sinn des oben S. 232 bei Note 2 mitgetheilten Ausspruchs Seneca's. Er könne es auch durchaus nicht unbillig finden. Das gebe ja auch Grotius zu, dass mein Versprechen mich nicht mehr binde, wenn ein Zufall es füge, dass ich es überhaupt nicht oder nicht ohne meinen eigenen oder eines Anderen Untergang erfüllen könne. Warum solle man nicht die allgemeine Regel aufstellen können, dass

---

[1]) Das Legat bleibt auch aufrecht, wenn der Testator seinem Gläubiger, dem er bedingt oder betagt schuldet, das Geschuldete pure vermacht und dann die Bedingung oder Zeitbestimmung noch bei Lebzeiten des Erblassers eintritt. Darüber handelt der Verf. sehr ausführlich in c. 2 §. 2 und c. 7 §. 4.

[2]) Augustini Leyseri, Medit. ad Pand. Die erste Auflage begann im zweiten Decennium des 18. Jahrhunderts zu erscheinen (Die Dedication datirt von 1717.) Hier ist benutzt ed. tert. Lips. et Guelpherbyti 1741 seqq. Hieher gehören Sp. 40 (ad lib. 2 tit. 14). De pactis invalidis. Publ. defens. a Corn. Nic. Chappuzeau 1715, und zw. med. IV. (vol. I. p. 411—413) und Spec. 520 (ad lib. 45 tit. 1) De tac. cond. rebus sic stantibus. med. I—V. (vol. VII. p. 842—849). Obwohl die zweite Bearbeitung viel eingehender ist, als die erste, findet man doch in der Lit. nicht selten nur Spec. 40 genannt.

der Promittent zur Erfüllung nicht mehr angehalten werden könne, si tanta incidat mutatio, ut non amplius pristina rerum facies supererit, atque promissor, si eam praevidisset, pacturus non fuisset. Damit stimme auch überein die von Groot gebilligte Lehre Cicero's, dass ein Versprechen nicht gehalten zu werden brauche, welches dem Promissar keinen Nutzen bringe, oder dem Promittenten schädlicher als dem Promissar nützlich sei [1]). Auch dem natürlichen Recht und der Billigkeit, sowie den geltenden Civilgesetzen entspreche die fragliche Regel. Dafür beruft er sich auf ein paar Pandektenstellen, die die Nichterfüllung eines Versprechens wegen vis major für gerechtfertigt erklären, auf L. 8 u. 10 C. de revoc. don., auf das Rücktrittsrecht des Vermiethers wegen eigenen Bedarfes der vermietheten Sache, endlich auf L. 38 pr. D. de sol. und die oben S. 231 bei Note 1 angeführte (von ihm aber unrichtig allegirte) Stelle von Barbosa. Aus diesen Gründen habe er bei einer Privatconsultation seine Meinung dahin abgegeben: Wenn der Eigenthümer zweier Häuser, der eines derselben selbst bewohnte, das zweite seinem Schwiegersohne als Heirathsgut zu geben versprochen habe, so könne er zur

---

[1]) Dass Grotius diesen Satz gebilligt habe, ist unrichtig; er spricht einmal von ihm, aber ohne ihm zuzustimmen, in II. c. 16 §. 1 Nr. 2; hier polemisirt er sehr eingehend gegen Connanus, der sich auf Cicero berufen hatte zur Unterstützung seiner Lehre, dass nach Natur- und Völkerrecht alle Verträge unverbindlich seien, die nicht Tauschgeschäfte seien. (Vgl. dazu aus viel späterer Zeit Schmitthener, Ueber Verträge, insbes. das Reurecht . . . Giessen 1831, bes. S. 28 f., 88 ff., und Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876.) II. c. 16 §. 27 Nr. 2 erklärt Groot gradezu, Cicero gehe zu weit; denn ob eine Sache dem Promissar nutzen werde, habe der Versprechende nicht zu untersuchen; und um ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien, dazu genüge nicht jeder für ihn eintretende Nachtheil, sondern nur ein solcher, für den eine Ausnahme nach der Natur des Geschäftes angenommen werden müsse. In diesem Sinne sage Cicero richtig: Hast du einem Anderen versprochen, ihm als Rechtsbeistand zu dienen, und verfällt dein Sohn in eine schwere Krankheit, so verletzest du deine Pflicht nicht, wenn du nicht Wort hältst. In dem nämlichen Sinne fasst Grotius auch die Aeusserung des Seneca auf.

Erfüllung dieses Versprechens nicht angehalten werden, falls ihm sein Wohnhaus abbrenne, so dass er das andere selbst zum Bewohnen benöthige. Auch sei diese seine Ansicht 1716 von der Helmstädter Facultät in nachstehendem Falle[1]) gebilligt worden. Der Pachter einer Ziegelscheune hatte sich verpflichtet, den Wispel Kalk zum Festungsbau um 2 Thaler 8 Groschen zu liefern; nachher hatte ihm der Commandant eine Preiserhöhung auf 3 Thaler gestattet, und es fragte sich, ob er dies aus eigener Macht thun konnte. Die Facultät erwog, dass diese vergleichsmässige Preiserhöhung nicht aus Gefälligkeit, sondern aus guter und gerechter Ursache geschehen war; es hatten nämlich seit dem Abschluss des Vertrages die Material- und insbesondere die Kalkpreise überall aufgeschlagen, »folglich war die Sache in ganz anderen Stand gekommen, als sie zur Zeit der Punctation gewesen«, und der Pachter wäre, wenn ihm die Preiserhöhung nicht bewilligt worden wäre, entweder ruinirt gewesen, oder er hätte gleich seinen Vorgängern die Pacht aufgeben müssen. Der Pachter möge daher des Vertrauens sein, dass der König den vom Commandanten geschlossenen Vergleich genehm halten werde[2]).

In seiner zweiten, aus erheblich späterer Zeit stammenden Arbeit geht Leyser tiefer in die Sache ein und mildert zugleich die Schroffheit seiner älteren Aufstellungen. An dem aus der L. 38 de sol. abgeleiteten Grundsatz, erklärt er, halte er auch jetzt und für immer fest. Entfalle die Causa des Consenses, so falle er selbst weg und mit ihm auch die Obligation. Dass dieser Grundsatz alle Verträge ins Wanken bringe und Treue und Glauben erschüttere,

---

[1]) Verkürzt mitgetheilt. Den Rechtsfall erzählt schon Leyser selbst deutsch.

[2]) Kein Zweifel hienach, dass das Responsum »nur die Billigung eines Vergleiches empfiehlt«; warum es aber nicht passen soll (Förster-Eccius I. S. 527 Note 4), will mir nicht einleuchten; das, was Leyser beweisen wollte, nämlich dass approbarunt quoque sententiam nostram ICti Helmstadienses, beweist es gewiss.

sei nicht zu besorgen. Der Richter brauche nur seines Amtes zu walten und nicht jede beliebige Aenderung der Umstände für ausreichend zu achten. Prudentia hic opus est et videndum sedulo, an talis conversio contigerit, ut, si eadem rerum facies, quae nunc est, ab initio adfuisset, alter nihil promisisset. Videndum praeterea, an mutatio haec sine omni ejus, qui recedere a pacto cupit, culpa acciderit. Finde der Richter beides, dann sei die Remission der Verpflichtung durchaus gerecht.

Von diesem Gesichtspunkt aus habe auch das Helmstädter Spruchcollegium im Jahre 1728 ein Verlöbniss, so sehr es ein vinculum sacrosanctum sei, ob faciem rerum penitus mutatam et quod sponsum nunquam sic fidem daturum fuisse animadverteretur, für aufgelöst erklärt: Der Vater des mit der Klägerin gerichtlich verlobten Beklagten hatte ihr versprochen, »ihre ganz ruinirte Städte wieder in Stand zu bringen und eine neue Stube daran zu bauen«, sich aber dabei ein lebenslängliches Mitwohnungsrecht bedungen. Nachdem Bauplatz und Bauholz gekauft war, liess die Klägerin ihrem Verlobten sagen, sie wolle ihn nicht mehr haben, sie könne sich jetzt besser verheirathen, er und sein Vater sollten ihr Haus räumen. Darauf erwarb der Vater einen anderen Bauplatz und baute auf demselben mit dem schon erworbenen Material. Der Beklagte trat von dem Verlöbniss zurück, nun aber klagte die Braut auf Eingehung der Ehe, während der Beklagte sich damit vertheidigte, sie selbst habe bereits ihr Eheversprechen zurückgezogen. Das Spruchcollegium constatirte, dass öffentlich und gerichtlich verlobte Personen durch den, sei es auch einverständlichen Rücktritt, ohne Bewilligung des Consistoriums ihr Verlöbniss nicht aufheben können; wohl aber komme es darauf an, ob der Beklagte solche Ursachen und Umstände bewiesen habe, welche das Consistorium bewegen können, ihn von dem Eheversprechen loszuzählen. Diese Frage wurde bejaht, weil 1. die Klägerin durch den Bruch ihres das Woh-

nungsrecht zusagenden Versprechens »die Sache in einen ganz anderen Stand gesetzet, gestalt Beklagter weiter nicht vermögend ist, der Klägerin ruinirte Stäte, auf deren Beziehung er bei dem Eheversprechen das hauptsächliche Absehen gerichtet, wieder in guten Stand zu bringen und zu bewohnen«, 2. dass nach Recht und Praxis Verlöbnisse, so lange die Schwängerung nicht dazu gekommen, auf Ansuchen eines Theiles aus plausibeln Ursachen wieder aufgehoben und »dadurch unglückliche Ehen verhütet werden«, und dass 3. eine sehr wichtige Ursache für das Aufrufen von Sponsalien darin zu erblicken ist, dass die Sachen in solchen Stand kommen, »in welchem, wenn sie anfänglich gewesen, das eine Theil sich nicht verlobet haben würde«.

Eine weitere Beschränkung, die Leyser nunmehr hinzufügt, ist die, dass die Regel nur bei unvorhergesehener mutatio rerum gelten solle. Man habe mit ihr Missbrauch getrieben; unverschämt oft sei sie der Vorwand gewesen, hinter dem sich Wankelmuth und Wortbruch verbargen. So hätten auf Grund eines mit Heinrich VI. geschlossenen Pactes die Fürsten seinen Sohn zum König gewählt und ihm Treue geschworen, seien aber alsbald nach Heinrich's Tod von ihm abgefallen und man habe diesen Vorgang durch die Berufung auf die Clausel rechtfertigen wollen. Nie aber sei diese Regel unglücklicher angewendet worden. Alles, worauf sich die Fürsten zur Beschönigung ihres Abfalls beriefen, hätten sie voraus gewusst; insbesondere, dass der von ihnen Gewählte ein in der Wiege liegendes Kind war und ebenso seien ihnen bekannt gewesen jene novae res, quas circa liberam Germanorum electionem imperatoris moliebatur pontifex.

Und nochmals vertheidigt Leyser seine Lehre gegen Groot. Auch dieser, behauptet er, lasse die Regel gelten, dass das Versprechen die stillschweigende Bedingung enthalte: si res maneant, quo sunt loco. Aber er thue das äusserst ungern (aegerrime) und nur mit der Beschränkung, dass aufs deut-

lichste erhelle, statum illum praesentem in unica illa ratione inclusum esse [1]). Groot verlange also eine derartige Aenderung aller Umstände, welche den früheren Zustand vollständig aufhebe. Es könne aber geschehen, dass ein wichtiger Umstand, der aber doch nicht die einzige ratio des Versprechens gewesen war, wegfalle. Hier sei das Versprochene nur, und zwar den gegenwärtigen Umständen entsprechend, zu mässigen. Dieser Mittelweg sei gleichfalls bereits in einem Responsum von Helmstadt im Jahre 1726 eingeschlagen worden: Die sämmtlichen ordines der Provinz Albanien hatten im 15. Jahrhundert eine immerwährende, unauflösliche Union aufgerichtet und die Lasten nach bestimmtem Massstab unter sich aufgetheilt. Die Union wurde im 16. Jahrhundert erneuert, vom Kaiser bestätigt und noch im Jahre 1604 anerkannt. Im Jahre 1605 aber wurde die Stadt Durazzo von den Venetianern bombardirt und schwer geschädigt. Da sie die übernommenen Lasten nicht mehr tragen könne, verlangte sie unter Berufung auf die Clausel rebus sic stantibus die Auflösung der Union umsomehr, als jedem Gesellschafter frei stehe, seinen Gesellschaftern nach Belieben zu kündigen. Die anderen ordines bestritten ex Grotii doctrina, dass die Regel hier passe, da der Reichthum der (nun verarmten) Stadt non fuerit unica ineundae societatis ratio. Das Responsum anerkannte den Fortbestand der Union, legte aber einen Theil der von Durazzo übernommenen Lasten den übrigen Mitgliedern auf. Die Gründe betonen, Durazzo habe nicht aufgehört, eine Landstadt von Albanien zu sein, daher könne auch die Union, »in welche sie lediglich in dieser Qualität getreten« sei, durch den erlittenen Schaden nicht aufgehoben sein, und eben darum könne die Regel rebus sic stantibus nur zu einer Mässigung der Last führen. Endlich sei die Union

---

[1]) So gefasst ist der Satz unklar; wie er im Sinne Groot's zu verstehen ist, erhellt aus dem S. 231 Note 3 entwickelten Zusammenhang.

überhaupt keine Societät, die nach Belieben gekündigt werden könnte.

§. 6. In einer sorgfältig gearbeiteten, einen und denselben Gesichtspunkt von Anfang bis zu Ende festhaltenden Inauguraldissertation vertrat Carl Philipp Kopp [1]) die umfassendste Geltung der Clausel auf dem Gebiet obligatorischer Verträge und noch weit darüber hinaus. Eine wichtige Unterscheidung, die er aber selbständig weiter entwickelt, entnimmt er Cocceji, den leitenden Gedanken, mit dem er Alles zurechtlegt, der herrschenden Wolf'schen Philosophie, und wo nur immer thunlich, lehnt er sich an die hohe Autorität Groot's an; nichtsdestoweniger hat er eine eigenartige Vertheidigung der Clausel geliefert.

Der Verfasser untersucht, wie schon der Titel seiner Schrift ausspricht, die Lehre von der Clausel in zwei Capiteln: einmal nach dem Naturrecht, dann nach dem geltenden jus civile. Aber er ist in der angenehmen Lage, zu constatiren, dass dieser Unterschied kaum eine Bedeutung hat. Denn das Naturrecht steht auch in Geltung, so weit das

---

[1]) Diss. inaug. de claus. reb. sic stant. secundum jus cum naturale tum civile. Marburg 1750 (96 pag. klein 4). Noch vor dieser Schrift erschien eine mir nicht zugänglich gewesene Schrift von J. W. Kipping: Specimen errorum communium in jure sive diatriba de tacita claus. rebus sic stant. ad publicas conventiones non pertinente (Helmstadt 1739). Nach diesem Titel zu schliessen, müsste die Schrift ex professo von Verträgen des öffentlichen Rechtes handeln, und die Anwendbarkeit der Clausel auf diese bekämpfen. Nach den bei Kopp vorkommenden Mittheilungen bestreitet sie die Anwendbarkeit der stillschweigenden Clausel auf Conventionen überhaupt; das Urtheil, welches Eberhard (unten S. 259 Note 3) über Kipping's Abhandlung fällt, ist überaus ungünstig; er sagt, er streite meist nur um Worte, sei bis zum Ekel weitläufig, berühre das im Titel der Schrift bezeichnete Thema nur im Vorübergehen, seine Beispiele seien fast ausnahmslos von Cocceji entlehnt u. s. w. Hier mag bemerkt werden, dass nach den Citaten Kopp's bei Kipping (S. 85) die Einwendung erhoben ist, pactionem non ex unius, sed ex utriusque voluntate judicandam, nec igitur id praesumendum esse, quod uni utile, sed quod utrique — eine Einwendung, die in späterer Zeit von Bedeutung geworden ist.

Civilrecht daran nichts geändert hat, und in der Lehre von der Clausel ist dies nur in den wenigsten Punkten geschehen. Freilich — die Civilgesetze nennen die Clausel ausdrücklich nirgends, aber es genügt, dass sie sie anwenden, dass sie Entscheidungen enthalten, die auf der Clausellehre ruhen. So unterscheiden sich denn die zwei Capitel wesentlich dadurch, dass das zwejte Capitel überall die Quellenaussprüche heranzieht und auslegt, während das erste auf Erwägungen — wenn ich den modernen Ausdruck brauchen darf — der allgemeinen Rechtslehre beruht. In beiden Capiteln aber ist — und dies verdient wohl hervorgehoben zu werden — daran festgehalten, dass die tacita clausula nicht Platz findet, si negotium consummatum fuerit, quum omnis vis ejus in eo consistat ut ab obligatione [1]) liberet oder quippe quae in negotiis consummatis nihil operatur. Alle Fälle, wo ein Rückgängigwerden eines negotium consummatum zulässig ist, z. B. die Fälle des Widerrufs einer durch Tradition bereits erfüllten Schenkung, haben also mit der Clausel nichts zu thun, trotzdem dabei immerhin eine Aenderung der Umstände vorausgesetzt sein mag.

Die allgemeinen (naturrechtlichen) Grundlagen sind: Jede Obligation (= Verpflichtung) bezieht sich auf alle Fälle, die unter den richtig interpretirten Wortlaut der Erklärung fallen, nicht aber auf das, worauf der Wille nicht gerichtet war [2]); um aber den Willen genau zu determiniren, genügt nicht die causa impulsiva, die nur im uneigentlichen Sinne eine causa ist [3]); nur die causa finalis plene et efficaciter voluntatem movet. Wo die letztere fehlt, da entsteht auch die

---

[1]) Das Wort bezeichnet die Verpflichtung überhaupt, nicht bloss die obligatorische.

[2]) Cicero de off. lib. 1: In fide quid senseris, non quid dixeris cogitandum.

[3]) Sie ist bei den Juristen ungefähr das, was bei den Philosophen die causa occasionalis, die noch nicht ausreicht, ut finem intendamus, wohl aber occasionem praebet de fine cogitandi.

Verpflichtung nicht, und zwar non ex trita illa regula, quod cessante causa cessat effectus ... sed ex defectu voluntatis originarii ... hier ist eben zu sagen, dass is casus existit, in quem voluntatem nostram inde ab origine negotii non direxisse videmur, und darum sind wir zu dem auch nicht verpflichtet, was wir von Anfang an gar nicht gewollt haben.

Nur bei den gewagten Geschäften trifft das nicht zu. Ihre causa finalis ist die Hoffnung auf den Gewinn; gleichwohl bleibt das Geschäft aufrecht, auch wenn diese Hoffnung trügerisch ist; denn wer ein solches Geschäft eingeht, hat sich auch dem ungünstigen Ausgang unterworfen, weil ihm die Gewinnsthoffnung ohne dieses gar nicht eröffnet worden wäre. Auch hier aber fehlt von Anfang an jene ratio voluntatem determinans nicht, ohne die der Mensch überhaupt nicht wollen kann, mag sie auch später entfallen. Der Fall der aleatorischen Geschäfte nimmt aber eine ganz besondere Stellung ein. Wo es klar ist, dass wir unseren Endzweck erreichen können, ohne uns auch für den entgegengesetzten (unerwünschten) Ausgang zu verpflichten, da ist vielmehr die obligatio physisch und moralisch unmöglich; es fehlt also bei allen anderen Geschäften, wenn die causa finalis entfällt, der Verpflichtung die verbindende Kraft, weil es dem Handelnden an dem Willen fehlt.

Die negotia in se spectata reichen aber nicht aus, unseren Willen zur Eingehung von Geschäften zu bestimmen; wohl aber wird er bestimmt durch extrinseca quaedam, durch circumstantiae, die denn auch zum status negotii gehören. Und jede Aenderung des status, die ein Wegfallen der causa finalis bedeutet, macht auch die Verpflichtung wegfallen, wofern nicht aequipollentes substituantur. So ist die clausula rebus sic stantibus die conditio, vi cujus obligatio ex negotiis obligatoriis orta, mutato rerum statu cessat. Patet, fundamentum hujus clausulae in ipsa voluntatis humanae na-

tura esse positum und darum ist sie stillschweigend in den negotiis obligatoriis enthalten[1]).

Dass die Clausel auch jure civili begründet sei, das folgert der Verfasser aus L. 3 §. 2 D. de his, quae pro non script. 34. 8 und anderen den gleichen Gedanken enthaltenden Stellen. Si quidquam, haec certe regula clausulae nostrae favere videtur; wo die causa finalis fehlt, da ist ja das Geschäft in jenen Status gekommen, a quo non potuisset initium capere. Doch gibt er zu, dass diese Regel nicht ohne weiteres beweiskräftig sei, da doch hervorragende römische Juristen Entscheidungen abgegeben hätten, die mit ihr nicht zu harmoniren scheinen. Und darum unterscheidet er mit Cocceji: requisita constitutionis und conservationis negotiorum, und geht den letzteren sorgsamer nach, als dieser; er stellt dahin das jus de re in obligationem deducta disponendi[2]), ferner das jus acceptandi illud quod in favorem nostrum dispositum est[3]) und die causa ejus finalis, propter quam constitutum est. Fällt sie weg, so fehlt der Wille[4]). Wo aber eines dieser drei zur Conservation nöthigen Erfordernisse fehlt, da ist ja das Geschäft in eine Lage gebracht, in der es nicht

---

[1]) Sie hat auch, wenn sie ausdrücklich beigerückt wird, da dies nur majoris securitatis gratia geschieht, keine andere Tragweite, als die stillschweigend verstandene Clausel.

[2]) Darum fällt das Testament zusammen, wenn der Testator sich arrogiren lässt oder wenn sein Vermögen confiscirt wird.

[3]) Dahin gehört es, wenn der Promissar das commercium rücksichtlich der ihm versprochenen Sache verliert, oder der eingesetzte Erbe die testamenti factio.

[4]) So ist es bei den Gesetzen, deren ratio ja ihre Seele genannt wird; so fallen die letztwilligen Anordnungen zusammen, sobald klar wird, dass sie jetzt dem Willen des Testators nicht mehr entsprechen (anders nur die Erbeinsetzung, die ja überhaupt nuda voluntate nicht widerrufen werden kann); bei den Verträgen kommt Alles an auf das, quod actum est. Actum ist aber eben das, worüber man consentirte, die Verpflichtung erstreckt sich auf das nicht, worüber kein Consens besteht, und wo die causa finalis cessirt, da hat die Möglichkeit des Consenses aufgehört.

hätte anfangen können — und so ist die Clausel allerdings durch die Regel der L. 3 cit. begründet.

Die Clausel ist (abgesehen von gewagten Geschäften und dem Fall entgegengesetzter Vereinbarung) stillschweigend in omnibus negotiis enthalten; aber ihre Wirkung ist nicht die einer völligen Vernichtung der Verpflichtung; zwar diese cessirt oder ruht, wenn sich die Umstände ändern, wird aber der vorige Zustand wiederhergestellt, dann ist auch der vorige Wille wieder da und sie recuperat pristinum valorem [1]). Man kann auch nicht sagen, dass die Clausel gegen Gerechtigkeit und Billigkeit verstosse oder zur Untreue verleite, oder dem Anderen ein erworbenes Recht entziehe: denn dieses Recht ist, da für den Fall des Wirksamwerdens der Clausel von Anfang an nicht gewollt war, überhaupt nie zur Entstehung gelangt.

Die Clausel ist aber nur wirksam (admittenda est):

1. cessante omni causa finali [2]),

2. si causa finalis impeditur, nämlich si effectus ejus impossibilis redditur, gleichviel dann, ob die Unmöglichkeit physisch oder moralisch sei [3]),

3. quoties defectus voluntatis originarius sese exserit; der Fall läuft entweder auf Nr. 1 oder Nr. 2 hinaus;

4. wenn das Geschäft mit Rücksicht auf einen gewissen

---

[1]) Hier findet der Verf. einen Differenzpunkt zwischen dem die Kraft des Geschäftes nur suspendirenden Naturrecht und dem jus civile, denn dieses hebt die Kraft des Geschäftes regelmässig vollständig auf; nur selten und auch da immer nur wegen einer nova causa jure civili fundata gelangt es wieder zu seiner früheren Kraft, z. B. das Testament durch postliminium nach L. 6 §. 12 D. de inj. rupt. 28. 3.

[2]) Kopp beruft sich hier auf Groot, betonend, dass des Letzteren »unica ratio« zusammenfalle mit der causa finalis.

[3]) Doch gibt schon der Verf. zu, dass man sich hier auf die Clausel nicht zu berufen brauche, cum ad impossibilia neminem obligari satis constet; gleichwohl musste noch Suarez bei der Redaction des A.L.R. gegen die Hereinziehung der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung sprechen.

Zustand eingegangen wurde und dieser dann fehlt (cessat, mutatus est)[1].

Die Bekräftigung des Geschäftes durch einen Eid ändert nichts; wohl aber findet die Clausel (oben S. 251) nicht mehr Platz bei schon erfüllten Geschäften, und auch dann nicht, si quis facto suo illicito effecerit, ut status rerum mutetur, sowie wenn unsicher bleibt, ob eine Veränderung der Umstände wirklich eingetreten sei.

Was die einzelnen Anwendungsfälle angeht, so unterliegen die Gesetze der Clausel regelmässig nicht; ist ihre ratio nämlich historisch, so ist das nur eine causa impulsiva; ist sie moralisch, so ist sie entweder unveränderlich, oder es handelt sich um eine im Naturrecht nicht entschiedene Frage, z. B. wann die Grossjährigkeit eintrete; da kann es zwar geschehen, dass ein Einzelner die volle geistige Reife früher erreicht, als in dem vom Gesetz bezeichneten Alter; allein dadurch wird die causa finalis doch nicht ganz aufgehoben. Nur wenn die ratio politisch ist, kann die Clausel Platz finden; in der That verloren in Rom nach der Vertreibung der Könige jene Gesetze ihre verbindliche Kraft, welche den Bestand des Königthums voraussetzten.

Dagegen spielt die Clausel eine grosse Rolle in mandatis Principum particularibus; so wenn der Fürst seine moralis persona verloren hat, z. B. als Gefangener der Feinde metu coactus etwas befohlen hat, oder wenn der Beauftragte der Sachlage nach den Auftrag nicht füglich mehr ausführen kann, z. B. ein Gesandter wird schwer beleidigt und fordert darum seine Pässe u. dgl.

Zur Begründung der steten Widerruflichkeit der modo precarii gewährten Privilegien und singulären Rechte bedarf es nicht der Berufung auf die Clausel. Wohl aber

[1]) Als Eduard IV., vertrieben aus England, die ihm vertragsmässig zugesagte Hilfe Frankreichs ansuchte, erhielt er die Antwort, das Bündniss sei mit dem König von England und dessen Reich abgeschlossen.

stehen die anderen Privilegien und Rechtswohlthaten gleich den conventiones acceptatae, d. h. hier kommt es auf eine Aenderung des status rerum an [1]).

Vor Allem sind es eben die conventiones, bei denen die Clausel selbstverständlich ist [2]). Bei gegenseitigen Verträgen ist aber zu unterscheiden: Ist von beiden Seiten erfüllt, so kann von der Clausel nicht mehr die Rede sein; ist von einer Seite erfüllt, so darf der Erfüllende, weil er schon durch die Erfüllung liberirt ist, sich nicht mehr auf die Clausel berufen; der Andere darf sich nicht mit fremdem Schaden bereichern und darum gleichfalls die Clausel nicht anrufen, es sei denn die ihm obliegende Leistung unmöglich geworden; wenn aber noch von keiner Seite erfüllt ist, dann hat die Clausel Platz und deren Wirkung ist Behebung der Verbindlichkeit auf beiden Seiten; denn omni conventioni bilaterali tacite inest haec conditio: si alter quoque dictis steterit.

In sehr ausführlicher Erörterung wird nun die Anwendung auf zahlreiche Fälle der verschiedenartigsten Conventionen gemacht: Da die Ehe die causa finalis der Dosbestellung ist, so wird die promissio dotis durch das Zurückgehen des Verlöbnisses kraftlos. Ebenso stehen aber auch die Verlöbnisse selbst unter der Herrschaft der tacita clausula [3]). Insigne quoque hujus rei exemplum est in donationis causa. Zwar dass der Schenker nach L. 8. 10 C. de rev. don. eine erfüllte Schenkung widerrufen kann, hat mit der Clausel nichts zu thun (oben S. 251 Abs. 1 a. E.); fortissimo tamen argumento est,

[1]) Dafür wird angeführt L. 68 D. de R. J. 50. 17: ... ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat.

[2]) Das gilt auch von den publicae conventiones. Darum stellt sich Kopp bezüglich des Streites mit der Hansa auf die Seite der englischen Regierung, während er über das Verfahren des Kurfürsten Moriz von Sachsen Cocceji's Urtheil billigt (oben S. 240 f.).

[3]) Er beruft sich dafür auf Boehmer (oben S. 236 f. Note 2), mit dem er ganz einverstanden ist, und polemisirt mit Kipping, der dieses Rücktrittsrecht nicht auf die Clausel zurückführen will.

res donatas nondum traditas ex iisdem causis aut aeque gravi status mutatione posse retineri; daher kommt es auch, dass der verarmte Schenker das beneficium competentiae hat; denn darauf war sein Wille nicht gerichtet, in Folge der Schenkung selbst darben zu müssen.

Die Stipulation beruht zwar auf den solennen Worten, aber ohne Consens haben die Worte keine rechtliche Bedeutung, eine Obligation entsteht nur, so weit ein Consens durch die feierlichen Worte erklärt ist. Damit ist von selbst gegeben, dass auch die Obligation aus der Stipulation (nicht nur die aus einem pactum entsprungene) die Clausel stillschweigend enthält, und eben dies beweist auch L. 38 pr. D. de sol.[1]) Um so mehr muss die gleiche Regel auch bei den übrigen Contracten gelten[2]).

Die ratio der Eingehung eine Societät ist die personae conditio, ihre fides, industria, res et facultates. Tritt eine Aenderung dieser conditio ein, so erlischt die Societät; so bei der Prodigalitätserklärung, der cessio oder publicatio bonorum des Socius. Der Mandatar würde den Auftrag nicht übernommen haben, wenn er nicht geglaubt hätte, ihn ohne eigenen Schaden ausführen zu können. Darum braucht er

---

[1]) Der Verf. bespricht die verschiedenen Auslegungen dieser Stelle und der ihr scheinbar widersprechenden Quellenäusserungen sehr ausführlich. Doch ist das hier nicht von Interesse, mit Ausnahme des schon S. 226 Note 4 hervorgehobenen Punktes: Er macht darauf aufmerksam, dass der Grund der L. 8 in eo consistit, quod post capitis deminutionem res adjecto soluta non aeque in tuto est, ac ante eam. Die causa finalis der Aufstellung des adjectus ist ja die, dass man das Bezahlte leicht und sicher von ihm zu erhalten erwartet. Wo das trotz der capitis deminitio wahr bleibt, da kommt die L. 38 nicht zur Anwendung.

[2]) Als ein besonderer Stipulationsfall wird der des Bürgen in L. 4 pr. D. si quis caut. 2. 11 hervorgehoben, da der Bürge sich gewiss nicht verbürgt hätte, wenn er den Fall der Verhinderung des sisti durch den Magistrat vorausgesehen hätte. Der Verf. macht darauf aufmerksam, dass Hering de fidj. c. XX. §. 9 Nr. 94 sqq. den Fall zwar aufstelle, ohne sich aber auf die entscheidende Stelle zu berufen.

nicht einmal das Mandat zu kündigen, wenn Gefahr entsteht, dass er nur schwer seine Indemnität finden werde; daher der Einfluss der capitales inimicitiae u. s. w. Der Käufer id agit, ut rem sibi habere liceat; darum braucht er, wenn in ipso limine contractus Eviction droht, den Preis nicht zu bezahlen. Unter den nämlichen Regeln steht auch die Miethe. Der Vermiether gewährt dem Miether den Gebrauch der Sache; da er aber nicht vermiethet hätte, wenn er nicht angenommen hätte, er werde den Gebrauch entbehren und die Sache salva substantia vermiethen können, so hört mutato hoc rerum statu seine Verpflichtung auf; benöthigt er selbst die Sache, oder wird deren Reparatur nothwendig, so kann er den Miether vertreiben. Umgekehrt verspricht auch der Miether den Zins nur für den Gebrauch der Sache, braucht ihn daher nicht zu zahlen, wenn er die gemiethete Sache aus gerechter Furcht verlässt; auf gleichem Grund beruht auch die remissio mercedis, die er unter den bekannten Voraussetzungen ansprechen kann [1]). Der Commodant verpflichtet sich, dem Entlehner die Sache bis dahin zu lassen, bis er den vereinbarten Gebrauch gemacht hat, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes (L. 17 §. 3 D. h. t. 13. 6). Wenn er aber sine ingenti incommodo re sua carere nequeat, dann darf er die Sache zurückfordern; gilt das bei der Miethe, so muss es um so mehr von dem unentgeltlichen Commodat gelten. Und das Gleiche muss auch beim Darlehen zulässig sein, wenn der Darleiher vor dem Rückzahlungstermin in so bedrängte Verhältnisse kommt, dass er sein Leben nicht anders erhalten kann; auf einen so unerwarteten Fall hin hätte er gewiss nicht eingewilligt. Ferner braucht auch der Depositar dem Deponenten nicht zu re-

[1]) Der Emphyteut bezahlt den Canon meist nur zur Anerkennung des Eigenthums. Wenn aber der Ertrag so sinkt, dass nicht einmal der Canon daraus gedeckt werden kann, oder wenn er im Verhältniss zu dem Ertrag bemessen ist, dann ist er gleichzustellen dem vom Pachter zu bezahlenden Zins.

stituiren, wenn dieser in eine Lage kommt, in der man ihm nicht zahlen darf (Wahnsinn, Prodigalitätserklärung u. dgl.).

Der das Pfand besitzende, wenn auch für die Pfandschuld bezahlte Gläubiger ist, so lange er noch eine andere Forderung gegen den Schuldner hat, diesem gegenüber zur Retention des Pfandes berechtigt. Dieser Rechtssatz ist, wofern die chirographarische Forderung jünger ist, als die Bestellung des Pfandrechts, auf die stillschweigende Clausel zurückzuführen, da er sich aus der causa finalis des Pfandvertrags ergibt; in allen anderen Fällen ist er rein positiv.

Bei den Innominatcontracten, die durch ein Geben eingegangen werden, ist der Grund der Anwendbarkeit der Clausel der nämliche, wie beim Kauf; bei jenen, die durch ein Thun zu Stande kommen, ist die Clausel zulässig, wenn die Gegenleistung necessitate prohibetur.

Tertium negotiorum obligatoriorum genus diximus esse testamenta. Das Testament verpflichtet den antretenden Erben [1]), Alles zu thun, was ihm der Testator aufgelegt hat, aber doch nur nisi casus incidat, in quem ille voluntatem non direxit sive ubi ratio dispositionis cessat. Und so ist auch in confirmando tutore zu fragen, ob der Wille des Erblassers noch fortdauere, und er wird bei veränderter causa (Verarmung des Ernannten, Feindschaft, die zwischen ihnen entstanden war) als nicht mehr aufrecht stehend anzusehen sein [2]).

§. 7. Auf einer anderen Seite liegt der Schwerpunkt der Abhandlung Eberhard's [3]). Sie beschäftigt sich nämlich fast

---

[1]) Auch die Intestaterben werden durch das Testament insofern obligirt, als sie es bei Lebzeiten des Testators nicht angreifen dürfen und nach seinem Tode die Erbschaft den Eingesetzten lassen müssen.

[2]) Aehnlich bei Legaten, da ihre causa finalis der adfectus gegen den Bedachten ist.

[3]) J. H. Eberhard, Drei Abhandlungen zur Erläuterung der deutschen Rechte. I. Abh. Von der Clausel reb. sic stant., bes. von deren Anwendung auf die deutschen Reichsgesetze und Geschäfte. S. 1—169, dann 12 Seiten Inhaltsverzeichniss dazu. Nach dem Titelblatt erschienen: Frankfurt und

gar nicht mit dem Römischen Recht, um so mehr aber mit der Bedeutung der Clausel für die deutschen Reichsgesetze und Staatsgeschäfte. Was die Begründung der Clausellehre aus den römischen Quellen angeht, stimmt Eberhard mit Kopp durchaus überein, indem er (S. 27) erklärt, man brauche die L. 3 §. 3 D. de his, quae pro non script. 34. 8 nur in andere Worte zu kleiden, um in ihr die Clausel gradezu anerkannt zu finden [1]. An Kopp's Arbeit rügt er nur, dass sie nur einen Theil der Lehre von der Clausel behandle, dass die Grundsätze seiner Entscheidungen nicht überall gründlich seien, und widerspricht insbesondere, dass schon das Wegfallen des Hauptzwecks des einen Contrahenten die Verbindlichkeit wegfallen mache.

Die Abhandlung zerfällt in vier Abschnitte; der erste will beweisen, dass die Clausel auf alle Gesetze und Verträge anwendbar sei, der zweite beschäftigt sich mit den gegen die Clausellehre erhobenen Einwendungen [2], der dritte bestimmt des Näheren die Fälle, wo die Clausel keine Anwendung findet

---

Leipzig 1775; doch ist das eine neue Titelaufl.; die Vorrede datirt v. 1769. Die Schrift führt auch ein paar einschlagende Arbeiten an, die mir nicht bekannt sind: eine oratio de claus. reb. sic stantibus von Ludwell, Dresden 1680, und J. F. Rhetz, de reb. sic stant. diversi juris, in dessen Disput. II, Nr. 25; von der ersten sagt sie, sie bestehe aus sechs Blättern, die nichts Bemerkenswerthes enthalten, von der letzteren, sie gehöre nur dem Titel nach hieher.

[1]) Doch bespricht er gleichwohl ein paar romanistische Fragen, die er anders entscheiden zu müssen glaubt, als sie von angesehenen Romanisten entschieden worden waren. Insbesondere lehrt er, der Fall der Veräusserung einer Erbschaft unterliege der Clausel, während Wissenbach und zum Theil auch Böhmer die entgegengesetzte Ansicht vertreten: Er sagt, wenn ein Miterbe seine Erbquote, die einen Werth von 1000 habe, verkaufe, und wenn dann durch das Accresciren eines freiwerdenden Antheils eines anderen Miterben im Werthe von 2000 seine Erbportion auf 3000 steige, so habe der Käufer keinen Anspruch auf diese Erweiterung — eben auf Grund der Veränderung der Umstände. Auch polemisirt er gegen Cocceji, der die Clausel auf Verträge nicht angewendet wissen will.

[2]) Er ist nur wenige Seiten lang (S. 69—72), beschäftigt sich mit Kipping und führt aus, dass dessen Gründe recht schwach seien.

und der vierte macht die Anwendung der Lehre auf die deutschen Reichsgesetze und Staatsgeschäfte: die Vorzüge und Rechte des Kaisers und der Reichsstände, eine Anzahl wichtiger Reichsgesetze (Wahlcapitulationen, Goldene Bulle, Concordate, Landfriedens- und Executionsordnung, Westphälischer Frieden) und die Lehren des deutschen Staatsrechts, insbesondere die Kammer-Gerichts-Visitationen [1]).

Der Grundsatz, den der Verfasser an die Spitze stellt, lautet: »Durch den Hauptzweck eines Geschäftes und durch die nothwendigen, bei dessen Entstehung vorausgesetzten Umstände wird der Umfang und die Kraft desselben bestimmt« [2]). Hören sie auf, so hat die Verbindlichkeit ein Ende; so lange sie fortdauern, besteht auch das Geschäft (Gesetz, Vertrag); werden sie eingeschränkt, so bedarf es gleichfalls näherer Bestimmung.

Dass das Aufhören des Hauptzwecks [3]) der Verbindlichkeit ein Ende mache, das habe Kopp zur Genüge bewiesen; der Wille konnte nicht weiter gehen, als der Endzweck, den wir erreichen wollten, und weiter haben wir uns auch nicht verbunden. Und nur wenn der ganze Hauptzweck erfüllt ist oder aufgehört hat, nicht schon bei dessen theilweisem Wegfall hört die Giltigkeit des Geschäftes auf.

Unrichtig aber ist es, wenn Kopp die Verbindlichkeit schon dann aufhören lassen will, wenn der Hauptzweck auch

---

[1]) Der Zweck meiner Arbeit fordert kein Eingehen auf diese Fragen, und ebensowenig auf die dem Lehen-, Kirchen- und Völkerrecht angehörenden, die der Verf. untersucht.

[2]) Es ist zu eng, wenn man nur betont, dass mit dem Aufhören des Hauptzwecks u. s. w. die Verbindlichkeit zu Ende gehe. Wohl ist das die Frage, um die es sich practisch bei den Streitigkeiten der Parteien am häufigsten handelt. Aber die Formulirung des Verf. will auch die Sätze umfassen: 1. dass weder Gesetz noch Vertrag zu sittlich oder physisch Unmöglichem verbinden kann und 2. dass mit dem Zweck des Gesetzes auch das Gesetz selbst aufhört.

[3]) Nicht das Gleiche gilt vom Nebenzweck, d. h. einem Zweck, der nicht massgebend war für das Zustandekommen des Geschäftes.

nur eines der Contrahenten nicht mehr vorhanden ist [1]; viel mehr hört die Verbindlichkeit erst auf, wenn der Hauptzweck des Vertrages aufgehört hat. Der Kurfürst Moriz von Sachsen (oben S. 240 und 241) berief sich also zwar allerdings mit Recht auf die Clausel, aber nicht weil sein Zweck, sondern weil der Hauptzweck des ganzen Bündnisses weggefallen war.

Dieselbe Tragweite wie das Entfallen des Hauptzweckes hat auch das Wegfallen der nothwendigen [2], bei der Entstehung des Geschäftes vorausgesetzten [3]) Umstände; denn gründet sich ein Gesetz oder Vertrag auf eine bestimmte Zeit, einen bestimmten Ort oder andere Umstände, »so ist unser Wille bedingt erklärt und zugesagt«. Eine Aenderung der

---

[1]) Dafür werden fünf Beweise erbracht: 1. Niemand kann ohne Endursache wollen; bei einem Vertrage hat aber jeder Contrahent seinen Hauptzweck, sei das der eigene oder der gemeinsame Nutzen, und beide willigen in beider Theile Endursache und die dazu dienenden Mittel, d. h. in die Erfüllung des Vertrags; es kann also die ratio finalis dadurch noch nicht aufhören, dass die Hälfte des Endzweckes des Vertrages entfallen ist; 2. im Vertragsschluss erklärt jeder Contrahent dem anderen: Willst du mir helfen, meinen Endzweck zu erreichen, so will ich das Gleiche zur Erreichung des deinen thun; er hat also dem Vertrag noch nicht entsprochen, wenn nur sein Endzweck erreicht oder entfallen ist; 3. oft, wenn auch nicht immer, kann man auch sagen: Wer jetzt etwas verspricht, was ihm wahren Nutzen leistet, um von dem Anderen etwas dafür zu erlangen, würde sich auch von Anfang an selbst auf den Fall verpflichtet haben, dass seine Endursache wegfallen sollte; 4. verfolgt der Vertrag nicht ein gemeinsames Interesse, sondern hat er für Jeden ein besonderes Interesse im Auge, so besteht er eigentlich aus zwei Verträgen; wie sollte da, wenn der eine erfüllt ist, nicht auch der andere erfüllt werden müssen! 5. Kopp's Ansicht führt auch zu unbilligem Ergebniss: Der Eine hat zum Zweck der Vertragserfüllung vielleicht sich schon vielen Gefahren unterzogen, sich Feinde gemacht, und nun sollte der Andere zurücktreten dürfen! Ich kaufe unter der ausdrücklichen Angabe, dass ich eine Reise unternehmen will, einen Wagen und Pferde, dann wird die Reise überflüssig. Sollte ich die Zahlung des Kaufpreises verweigern dürfen!?

[2]) Auf zufällige, die vorhanden oder auch nicht vorhanden sein können, ohne dass wir deswegen etwas anderes gewollt hätten, kommt es nicht an.

[3]) Nicht vorausgesetzte gehören zu den zufälligen.

vorausgesetzten Umstände hat man wahrscheinlich nicht vorhergesehen [1]). Auch diese Umstände aber müssen von beiden Theilen vorausgesetzt worden sein, mögen sie vielleicht auch nur einen von ihnen betreffen; nur wo das zutrifft, kann man mit Grund sagen, dass beide ein stillschweigend bedingtes Versprechen abgegeben haben. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass alle nothwendigen Umstände weggefallen seien; es genügt, dass einer davon nicht mehr existirt [2]).

In Anwendung dieser Grundsätze entscheidet der Verfasser: Wenn nach geschlossenem Einkindschaftsvertrag die Ehe kinderlos bleibt, und der Vertrag nicht ausdrücklich den zusammengebrachten Kindern gleiches Erbrecht einräumt, so behalten die regelmässigen Erben ihr Erbrecht. Das der Frau vom Manne ausgesetzte Witthum hat aufzuhören, sowie die Frau den Witwenstuhl verrückt, denn sie hat nun einen anderen Versorger. Geht ein Mönch zur protestantischen Kirche über, so ist damit die aus seinen Gelübden entsprungene Verbindlichkeit weggefallen, denn er ist in einen Stand getreten, in dem diese Verbindlichkeit ihren Anfang nicht hätte nehmen können; und wenn es auch wahr ist, dass das Kloster seine eigenen Zwecke noch immer aufrecht hält, so ist es doch auch nicht minder wahr, dass der Hauptzweck dieses Geschäftes hinfällig geworden ist. Hören ferner die Umstände auf, wegen deren Kinder aus morganatischen Ehen vom Erbrecht ausgeschlossen wurden [3]), so bekommen sie auch die Rechte, welche ihnen ihre Geburt gegeben hätte, wenn jene Gründe von Anfang nicht bestanden hätten. Dagegen den Kindern aus einer notorischen Missheirath kann auch die Clausel nicht helfen.

[1]) Hat man sie vorhergesehen, so hat man sich auch für diesen Fall verpflichten wollen, wenn es nicht anders bedungen ist.

[2]) Darum stimmt Eberhard in der Frage zwischen der Hansa und England mit Cocceji, nicht mit Kopp.

[3]) Z. B. das Interesse der Agnaten, die grosse Zahl der vorhandenen Prinzen, die Besorgniss, der Aufwand könnte bei den vorhandenen Mitteln unerschwinglich werden, der Hass gegen Landestheilungen.

Aus den entwickelten Grundsätzen ergeben sich ferner nachstehende Folgesätze:

1. Besteht der Hauptzweck und die nothwendigen vorausgesetzten Umstände, so bleibt das Geschäft giltig.

2. Hören nur jene Umstände auf, die zu einer gewissen Bestimmung erfordert wurden (nicht jene, die zur Wirklichkeit des Geschäftes überhaupt gehören), so bleibt zwar das Geschäft aufrecht, aber es kann eine neue, nähere Bestimmung gefordert werden.

3. Sowie die Veränderung der Umstände eintritt, wird auch die Clausel ipso jure wirksam, d. h. es bedarf nicht einer neuen Einwilligung des Gesetzgebers oder der Contrahenten; sonst würde man einen Willen als vorhanden ansehen, der für diesen Fall nie gesetzt war [1]). Doch ist es möglich, dass trotz der Aenderung der Umstände der Vertrag in Kraft bleibt, wenn nämlich zu der Zeit, da die Clausel wirksam werden konnte und sollte, Handlungen vorgenommen wurden, die nur unter Aufrechthaltung des Vertrages geschehen sein konnten, in welchem Falle eben eine Neueinwilligung vorliegt.

4. Die Wirksamkeit der Clausel erstreckt sich, ohne die Billigkeit zu verletzen, auch auf schon vollendete Geschäfte [2]). Nur darf man nicht vergessen, dass es sich um Umstände handeln muss, die als nothwendige für die Giltigkeit des Geschäftes vorausgesetzt waren. Wenn ich heut eine Waare um 10 verkauft habe, die ich nach einiger Zeit um 15 verkaufen könnte, so ist das kein Grund, das Geschäft aufzurufen [3]) — Käufer und Verkäufe haben ja nicht voraus-

[1]) Nur in dem Falle sub 2 muss die neue nähere Bestimmung durch die Einwilligung der Parteien oder den Richter erfolgen.

[2]) Mit dieser Aufstellung tritt Eberhard in Widerspruch mit vielen Vertretern der Clausellehre. Er beruft sich auf einen Fall, wo in einem fürstlichen Hause nach vollzogener Erbtheilung wegen veränderter Umstände die Vornahme einer neuen Erbtheilung im Rechtswege durchgesetzt wurde.

[3]) Der Verf. spricht gradezu seinen »Abscheu« vor dergleichen Grundsätzen aus.

gesetzt, dass diese Waare immer nur einen Werth von 10 haben werde.

5. Wie weit ein Verzicht auf die Clausel reiche, ist Interpretationsfrage.

6. Die zwischen Cocceji und Kopp streitige Frage, ob jede Veränderung der Umstände das Geschäft aufhebe, wenn die Clausel ihm ausdrücklich beigerückt ist, entscheidet Eberhard dahin: In den seltenen Fällen, wo die Clausel ohne jede nähere Bestimmung beigerückt ist, hat sie die nämliche Wirkung, wie die stillschweigend verstandene; in der Regel aber werden die Fälle bezeichnet sein, für die man sich den Rücktritt vorbehält und dann handelt es sich abermals um eine Frage der Willensauslegung.

7. Erlangen die veränderten Umstände wieder ihre ursprüngliche Gestalt, so bekommt zwar das Gesetz auch seine Anwendbarkeit wieder, nicht aber der Vertrag, da er seine Kraft ipso jure verloren hatte.

Der Grundsatz betreffend die Fälle, wo die Anwendbarkeit der Clausel ausgeschlossen ist, ergibt sich a contrario von selbst: Hört weder der Hauptzweck noch die nothwendigen vorausgesetzten Umstände auf, so behält das Gesetz, wie der Vertrag seine Wirkung. Das falle, meint Eberhard, zusammen mit der Regel, die in den Quellen am schärfsten in L. 85 §. 1 D. de R. J. 50. 17 [1]) ausgesprochen ist; man brauche daher nicht zwischen Requisiten der Errichtung und der Erhaltung des Geschäftes zu unterscheiden. Zu diesen Umständen gehört namentlich die antreibende Ursache (causa impulsiva), die ja kein wesentliches Geschäftselement bildet [2]), und jeder Umstand, der nur die Gelegenheit zur Errichtung des Geschäftes gegeben hat, nicht aber sein Zweck ist (die Gelegenheitsursache).

---

[1]) Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

[2]) Eine solche zum Abschluss eines Friedens nur antreibende Ursache ist auch die Furcht vor der Uebermacht des Feindes.

Dass an die Stelle der ersten Endursache oder der bestimmend gewesenen nothwendigen Umstände andere treten, ist an sich noch nicht entscheidend, dem Geschäfte die verlorene Kraft wieder zu geben; denn es ist fraglich, ob die Constituenten diese neuen Umstände als ausreichend erachten für die Beibehaltung des Gesetzes oder Vertrages; es hängt das somit von ihrer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung ab.

§. 8. In den Arbeiten von Kopp und Eberhard mag die Entwicklung der Clausellehre ihren Höhepunkt erreicht haben [1]); seither nimmt ihre Autorität ab, indem man theils ihr Anwendungsgebiet zu verengern, theils die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit zu verschärfen trachtet. So theilt Cramer [2]) eine notabilis causa in Sachen Nassau-Weilburg c. Nassau-Usingen mit, in der die camera imperii gegen Leyser's Auffassung entschied; der Senat bestätigte einen Vertrag, gegen dessen Confirmation eingewendet war, es sei seine Causa durch specielle Vergleiche seither in alium plane statum gebracht, — indem er negirte, dass die Clausel allen Verträgen innewohne, weil sonst, da sich ja die Umstände leicht änderten, viele Verträge wirkungslos würden. Das Richtige sei vielmehr, dass Ereignisse, welche die Erhaltung eines erworbenen Rechtes nicht hindern, das nicht schädigen können, was utiliter gestum est; der Vernunft und dem Rechte entspreche besser die Regel: non tolli rem vel negotium ejusve obligationem, etsi accidentalia ejusdem rei mutentur. Ereigne sich etwas, was die Parteien, wenn sie es voraus gewusst hätten, zu einer anderen Verfügung veranlasst hätte, so habe das keinen Einfluss auf die aus einem giltigen Geschäft erwachsenen Rechte.

---

[1]) Wie hoch angesehen sie war, zeigt die kurze Mittheilung Eberhard's (S. 5): »Der Herzog von Würtenberg nennt sie den gesunden Verstand eines Vertrages.«

[2]) An dem oben S. 237 Note 3 a. O. Der Fall gehört schon dem 3. Decennium des 18. Jahrhunderts an.

Hommel[1]) lehnt die Lehre von der stillschweigenden Clausel nicht grundsätzlich ab, er will sie aber (arg. L. ult. D. de transact. 2. 15 und L. 35 D. de pact. 2. 14) nur gelten lassen in den casus insolitissimi. Daraus erklärt er es, dass der Miether, wenn das gemiethete Haus abbrennt, nicht zur Fortsetzung des Miethvertrages genöthigt werden kann, und dass der Pachter, der omnes casus übernommen hat, den casus insolitissimus gleichwohl nicht zu tragen braucht; darum wird beim Zurückgehen eines Verlöbnisses die sponsalitia largitas unwirksam. Daraus aber folge, dass selbst beschworene Contracte die Clausel stillschweigend in sich enthalten. Das falle beinahe zusammen mit der in der obs. 572 (IV. pag. 1014) entwickelten Regel, dass alle Verzichte aufs strengste ausgelegt werden müssen . . . In obs. 703 präcisirt er seine Regel näher in diesem Zusammenhange: Wenn eine in eine Witwencasse eingeschriebene Witwe wieder heirathet, so hat sie die Ansprüche gegen diese Casse selbst dann definitiv verlören, wenn ihr zweiter Mann alsbald mit Tod abgeht; und dass die Regel, die Clausel habe bei allen Verträgen Platz, nur in casibus insolitissimis, non in insolitis gelte, habe schon obs. 589 nachgewiesen.

Bei Tevenar[2]) ist als selbstverständlich vorausgesetzt, dass die stillschweigende Clausel nur bei Verträgen Anwendung finde, denn er behandelt sie nur in der Lehre von der Aufhebung und Widerrufung der Verträge; aber sie ist auch nicht in allen Verträgen zu subintelligiren[3]). Als Beispiel nennt er zunächst den Fall, dass die Sache, über welche der

---

[1]) C. F. Hommelii, Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium. Baruthi. Obs. 589 (vol. IV. 1776, p. 1104 f.), obs. 703 (vol. VI. der 4. Aufl. von Roessig, 1785, p. 17).

[2]) v. Tevenar, Versuch über die Rechtsgelahrtheit. Magdeburg u. Leipzig 1777. S. 362 f.

[3]) Denn dann könnte man alle Verträge anfechten und es könnte sich Niemand auf ein Versprechen verlassen.

Vertrag geschlossen worden, verloren gegangen ist; dann Verträge, die auf Höchstpersönliches gehen (auf Eheschliessung, den Gesellschafts- und Verwaltungsvertrag) und Sachverträge, die auf die Zukunft gehen (z. B. den Pachtvertrag); bei diesen werde hauptsächlich auf den Zustand der Person und der Sache zur Zeit der Vertragsschliessung gesehen, »weshalb, wenn damit eine beträchtliche Veränderung vorgegangen ist, die Verträge widerrufen oder modificirt werden können«. Bei anderen Sachverträgen findet ein Widerruf wegen Verschlimmerung der Substanz oder des Nutzens nicht leicht statt, es sei denn, dass diese Bedingung im Vertrag enthalten oder aus dem Geschäft selbst folget oder die Gesetze in einigen Fällen [1]) wegen einer Hauptveränderung oder eingetretener Unmöglichkeit den Widerruf oder die Vergütung des Interesse [2]) gestatten, so dass die Begebenheit in den Gesetzen als hinlängliche Ursache, den Vertrag aufzurufen oder den Anderen durch das Interesse zu befriedigen, bezeichnet ist. Dabei kommt »es in jedem Falle darauf an, wie die Veränderung beschaffen und wer daran schuld ist, ob sie so beträchtlich ist, dass nach der Natur des Geschäftes oder dem Gesetz der Vertrag aufgerufen werden kann, oder die Verbindlichkeit nur modificirt, vermindert oder vermehrt werden

[1]) Z. B. L. 38, 82 D. de sol. 46. 3.

[2]) Wie dies gemeint ist, erhellt aus Ferd. Esaiae Pufendorfii Observ. jur. univ. (Frankf. u. Leipz. 1744) obs. 40 §. 3 (tom. I. p. 99 sequ.), die Tevenar auch citirt. Danach ist, weil alle pacta bonae fidei sind, zu sagen: Hat Jemand temeritate vel imprudentia ein Versprechen abgegeben, welches ihm sehr nachtheilig wäre, oder treten später Umstände ein, so dass er sine gravi rerum suarum dispendio fidem liberare non possit, so kann er, wofern er nur seinem Paciscenten sein Interesse vergütet, zur Erfüllung des Vertrages nicht angehalten werden. Der andere Contrahent kann, da er sein Interesse ersetzt bekommen hat, nullo modo de damno conqueri. Thäte er es, so wäre das nicht das Verhalten eines bonus vir, als welcher an fremdem Glück Freude, bei fremdem Schaden und Unglück Schmerz empfinden soll. Dafür beruft sich Pufendorf auf Leibniz. Auch entspreche diese Lehre den Gesetzen, die ja dem Vermiether gestatten, den Miether auszutreiben, wenn er das Haus selbst benöthigt oder dieses einer Reparatur bedarf.

muss«. Wer einen Vertrag schliesst, muss vorsichtig sein und seine Aufmerksamkeit auch auf die Zukunft richten.

Die Frage, ob ein Fürst die von ihm und seinen Vorgängern ertheilten Privilegien zu widerrufen berechtigt sei, führte Struben[1]) zu einer Untersuchung der Lehre von der Clausel, deren Grundlagen er freilich nur in L. 8 C. de revoc. don. 8. 55 und L. 3 C. de loc. 4. 65 zu finden scheint. Er findet die Aufhebung zulässig, sobald das Privileg dem Lande zum Verderben gereiche; gegen willkürliche Aufhebung aber spricht er sich sehr bestimmt aus. Unter seinen Gründen befindet sich auch der schon von N. H. v. Gundling[2]) angeführte, dass zu einem Privileg accedit saepe aliquid pacti, quod utique dat jus acquirenti. Dagegen nun, dass man geneigt sein könnte, dieses Argument darum nicht gelten zu lassen, weil jedem Vertrag die Clausel inhärire, bemerkt auch er (vgl. oben S. 250 Note 1 a. E.): »Es ist aber bei einem Vertrag nicht darauf zu achten, was der eine Theil, sondern was beide gedacht haben. Hätte vielleicht der Regent das Privilegium nicht ertheilt, wenn er die erfolgte Veränderung der Umstände vorausgesehen hätte, so hätte auch wohl der Privilegirte Bedenken getragen, es anzunehmen, wenn es ihm unter der Bedingung angeboten wäre: dafern die dermaligen Umstände dauern würden.« Die L. 8 cit. handle von einem Patron, dem sein Freigelassener weit mehr verpflichtet war, als der Privilegirte dem Verleiher, daher von dem einen Falle nicht auf den anderen geschlossen werden könne; L. 3 cit. aber verlange nicht nur veränderte Umstände, sondern solche, die bewirken, dass der Vermiether »ohne grosses Ungemach seines Hauses nicht entrathen kann«; es fehle also auch hier an der Aehnlichkeit des Falles.

---

[1]) Dav. Geo. Struben, Rechtl. Bedenken. 2. Aufl. Hannov. 1787. II. Bed. 80 S. 300—306.

[2]) Jus nat. et gent. . . . c. 12. §. 45 (Halle 1715).

In seinen, zu Leyser's Meditationen geschriebenen Observationen unterzog, wie Leyser auch Müller[1]) die Lehre von der stillschweigenden Clausel zweimal einer Untersuchung, wobei die zweite ihn zu erheblich anderen Ergebnissen führte, als die erste. In dieser unterscheidet er, ob der Vertrag auf beiden Seiten oneros sei oder nicht; im ersten Falle könne der Promittent Liberation verlangen facie rei per quemcunque casum evenientem mutata; im zweiten aber nur bei einem casus insolitissimus.

Die Kritik, die diese Aufstellungen erfuhren, veranlasste ihn, sie fallen zu lassen. In seiner späteren Abhandlung führt er zunächst aus, die Regel, dass eine spätere Aenderung der Umstände jede Obligation aufhebe, sei aus den Quellen nicht erweislich: Nicht aus L. 38 pr. D. de sol. 46. 3, L. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1 und L. 8 D. de cond. c. d. 12. 4; wenn ich einem Schuldner verspreche, seinen Gläubiger zu bezahlen, was er ihm schulde und dies erst ausführe, nachdem der Gläubiger in Concurs gekommen, sei es zwar richtig, dass ich mich dem Schuldner gegenüber darauf nicht berufen kann, dass ich die Zahlung geleistet habe; das habe aber nichts mit der Clausel zu thun, sondern der Grund liege darin, dass der Gläubiger zur Zeit der Zahlung nicht verpflichtungsfähig war; ebenso betreffen L. 8 C. de rev. don. 8. 55 u. L. 3 C. de loc. 4. 65 nur casus speciales. Dazu komme, dass die Regel von der tacita clausula im Widerspruch stehe mit den Grundsätzen über die Tragung der Gefahr beim Kauf; nach den Entscheidungen der Quellen treffe die Gefahr in der Regel den Käufer; dieser aber müsste, wenn die fragliche Regel zu Recht bestände, die Tragung der Gefahr ablehnen können, da er doch sicher nicht gekauft hätte, wenn er den Untergang der Sache vorausgesehen hätte. Ebenso müsste

[1]) Joh. Ernst Just. Müller, Observat. pract. ad Leyseri meditationum ad Dig. opus. (6 Bände, Leipz. 1786—1793). Obs. 154 (tom. I, fasc. 2, p. 931), obs. 861 (tom. V. 1792, fasc. 2, p. 241—252).

ein Familienvater, der eine geräumige Wohnung gemiethet hat, de mutata rerum facie excipiren können, wenn alle Glieder seiner Familie wegstürben.

Ebensowenig folge die Regel als eine allgemeine aus der Natur der Verträge, — es sei denn, dass sie von den Contrahenten ausdrücklich beigesetzt würde. Dass Beide sie stillschweigend gewollt haben, sei nicht anzunehmen; dem Einen möge es freilich sehr erwünscht sein, bei einer Aenderung der Umstände von dem Vertrage loszukommen, der Andere aber werde auf den gleichen Fall damit keineswegs einverstanden sein. Wo aber dies die Sachlage sei, da fehle grade über den entscheidenden Punkt der Consens. Nur ausnahmsweise gebe es Fälle, wo eine solche Uebereinstimmung angenommen werden könne, und da erlösche denn die Obligation auch wirklich mutata rerum facie. Das setze aber voraus, dass ein Contrahent die Schuld trage an dieser Veränderung [1]) und dass das Geschäft von der Art sei, dass nach der Regel des Lebens [2]) (secundum id, quod plurimum fit) von Niemandem angenommen werden kann (praesumendus sit), dass er den Vertrag geschlossen hätte, wenn er nicht erwartet hätte, die Umstände würden sich nicht ändern. Wolle aber der schuldtragende Theil zurücktreten, dann müsse er den anderen entschädigen [3]). Auch an dieser Entschädigungspflicht zeige sich, dass die Regel, es werde

---

[1]) Wo die Umstände durch Zufall (sei es auch ein casus insolitissimus) oder durch einen Dritten geändert wurden, bleibt der Vertrag giltig, denn hier ist eine auf das Zurücktretendürfen gerichtete Willensübereinstimmung unerweislich; nur die Besonderheit tritt bei einer Veränderung durch einen Dritten ein, dass er den Verletzten entschädigen muss.

[2]) Vgl. dazu die Ausführungen über die Usance bei Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung (Berlin 1893) S. 28 ff. und neuestens Danz, Laienverstand u. Rechtsprechung, in Ihering's Jahrb. Bd. 38 Nr. IX.

[3]) Das Gleiche gelte auch, si quis ob casum, qui rerum faciem ex sua parte mutavit, liberatus esse cupiat — offenbar eine Einschränkung des Satzes hier oben in Note 1 in pr., s. auch S. 272 Note 1.



durch das Wirksamwerden der Clausel omnis obligatio aufgehoben, nicht zutreffend sei.

Dieses ausnahmsweise Rücktrittsrecht finde hauptsächlich da statt, wo eine Person den Gegenstand des Vertrages bilde, so beim Eheverlöbniss [1]) und bei der Gesindemiethe [2]).

§. 9. Die früher in masslosester Allgemeinheit vorgetragene, dann auf Verträge beschränkte Lehre von der Aufhebung von Rechtsacten durch Veränderung der Umstände hat hiernach schon im Lauf des 18. Jahrhunderts in der Doctrin noch sehr verschiedenartige, weiter gehende Einschränkungen erfahren, ohne dass man jedoch behaupten könnte, sie habe dadurch an Brauchbarkeit oder auch nur an Richtigkeit etwas Erhebliches gewonnen; wie denn auch die meisten Arbeiten, die sich mit der Clausellehre beschäftigten, nach kurzer Zeit der Vergessenheit anheimgefallen zu sein scheinen. Die Schrift, von der man den definitiven Fall der

---

[1]) Sponsam post pactum de ineundis nuptiis initum a tertio vitiatam vix aliquis, sive sit mendicus, sive dives, sive rei agrariae incumbat, sive summo Principi a consiliis stet, recipere paratus erit; ebenso auch, wenn sie von einem morbus fastidiosus befallen werde; wenngleich sie im letzteren Falle keine Schuld trage, könne doch der Verlobte die tacita conditio ganz wie im ersteren geltend machen. Culpam enim admissam quisque sibi imputare debet, et casum, qui in sua persona contingit, sine dubio ferre debet. Sachlich stimmen hiemit schon viele Aeltere überein, unter ihnen der von Müller auch angeführte Schott, Einleitung in das Eherecht (Neue Aufl. Nürnberg 1802) §. 155 Note *****, der dieses Rücktrittsrecht selbst zwar nicht auf die Clausel zurückführt, die Gründe der Berechtigung aber ganz so bestimmt, wie die Anhänger der Clausel. Er hebt noch besonders hervor, dass die Veränderung immer den einen Verlobten selbst (seine Person, sein Vermögen) betreffen müsse, da ja sonst der Rücktritt auch dann schon als begründet erscheinen könnte, wenn dem Verlobten eine andere Person besser gefalle. — Sehr ausführlich handelt darüber Kutschker, Das Eherecht der kath. Kirche. II. (Wien 1856) S. 225 ff., und über die Auflösung der Verlöbnisse wegen begründeter Besorgniss einer unglücklichen Ehe S. 240 f.

[2]) In dieser Richtung führt Müller an, der zu schwerer Arbeit gedungene Knecht könne, wenn er so schwer erkrankt, dass er die Arbeit nicht leisten kann, nicht verlangen, dass der Herr ihm sie anvertraue.



älteren Lehre zu datiren pflegt[1]), ist Weber's Buch über die natürliche Verbindlichkeit — in seiner ersten Auflage sogar älter, als die Abhandlungen von Müller[2]). In der That hat aber Weber nicht ein einziges Argument gegen die alte Lehre vorgebracht, das ihr nicht schon wiederholt entgegengestellt gewesen wäre. Gleichwohl ist begreiflich, dass grade er durchgriff: Das wichtige Buch, in dem er auch über diese Frage, wenn auch nur auf wenigen Seiten handelte, drang in viel weitere Kreise und behauptete sich, wie seine zahlreichen Auflagen beweisen, in der Gunst der Leser. Dazu kommt, dass Weber's Darstellung lebendig und einleuchtend und die Regel, durch die er die frühere Lehre ersetzen will, so glücklich formulirt ist, dass sie practisch viel leichter anwendbar erscheint, als die gleichfalls die alte Lehre ablehnenden und auf ein engeres Gebiet beschränkenden Formulirungen seiner Vorgänger; endlich dass alsbald einige seiner angesehensten juristischen Zeitgenossen[3]) ihm zustimmten, die neue Lehre somit sofort eine grössere äussere Autorität gewann.

Weber sagt: Die Regel, alle Verträge enthalten stillschweigend die Clausel rebus sic stantibus, ist »wie die meisten Sprüchelchen der Art häufig gemissdeutet und übel ange-

---

[1]) So z. B. Wächter, Pand. I. (1880) S. 440 (§. 84. Beil. III. Nr. III. 2).

[2]) A. D. Weber, Systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung. Leipz. 1. Aufl. 1784. Hier ist benutzt 5. Aufl. 1825. §. 90 S. 345—347.

[3]) Dahin gehört Höpfner, Theoret.-pract. Commentar über die Heineccischen Instit. (Cit. nach der 8. Aufl. 1818); der §. 1010 S. 750 Note 3 erklärt, er habe diese Sätze schon lange in seinen Vorlesungen und einmal auch in einem Rechtsfall vertheidigt und dann erst zu seiner Freude gefunden, dass auch Weber sie vertrete; ferner Glück, Ausführl. Erläuterung der Pand. nach Hellfeld . . . IV. Erlangen 1796, S. 307—309. Des Letzteren Zustimmung möchte um so schwerer gewogen haben, als noch Hellfeld, Jurisprud. forensis sec. Pand. ord. (ed. VI. Jen. 1783) sowohl beim Titel de pactis §. 316 (p. 105), als beim Titel de sponsal. §. 1213 (p. 452) die Lehre Leyser's vertreten hatte: es solle nur darauf ankommen, dass status rei ita mutatur, ut promissor, si mutationem praevidisset, plane non fuisset pacturus — was bei den Sponsalien durch zahlreiche Beispiele erläutert wird.

wendet worden. So oft, sagt man, sich Umstände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er sie voraus gewusst oder hätte wissen können, von Schliessung des Vertrages gänzlich würden zurückgehalten haben, so oft ist er . . . berechtigt, von dem einmal geschlossenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre, so würde dadurch Gelegenheit gegeben, alle Verträge anzufechten und sich Niemand weiter auf ein Versprechen verlassen können; so müsste ich auch befugt sein, ein heute gekauftes Buch morgen zurückzugeben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund inmittelst ein Geschenk damit gemacht hätte, denn dies voraus gewusst, würde ich jenes nie gekauft haben. Die bürgerlichen Gesetze haben freilich dergleichen in einigen besonderen Fällen verordnet, aber es ist eine Unart der Ausleger, wenn sie dasjenige, was solchen einzelnen Vorschriften zum Grunde dient, sogleich in allgemeine Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Clausel rebus sic stantibus als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, dass die entstandene[1]) Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrages[2]) oder ausdrückliche Verabredung der Parteien[3]) dergestalt wesentlich erfordert, dass ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrigen besonderen Verhältnisse des einen oder

[1]) Glück S. 308 verlangt ausdrücklich auch, dass die Veränderung nicht habe vorausgesehen werden können.

[2]) Glück S. 308 Note 69 gibt dazu das Beispiel: Ich verspreche der Braut des Titius ein Heirathsgut, allein das Eheverlöbniss wird aufgehoben, so bin ich an mein Versprechen nicht weiter gebunden.

[3]) Glück ebenda Note 70: Habe ich mir bei Schliessung des Verlöbnisses ausdrücklich bedungen, dass mir meine Braut ein Heirathsgut in bestimmter Höhe zubringen müsse, und verarmt sie in der Folge, so berechtigt mich diese Veränderung der Umstände zum Rücktritte. Noch vorsichtiger formulirt Höpfner a. a. O. S. 749: Wenn die Paciscenten explicite oder implicite erklärt haben, dass sie um dieser Umstände willen paciscirten und ausserdem gar nicht oder nicht so den Vertrag geschlossen haben würden . . .

des anderen Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung; z. B. wenn das Mädchen, mit dem sich Jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dies zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird, so berechtigt ihn dieses nicht, von der Verlobung zurückzutreten. Wir wollen es ihm ohne Betheuerung gerne glauben, dass er in Voraussehung dieser Veränderung gar nicht würde contrahirt haben, aber er hätte seine Intention, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären müssen. Von selbst versteht sich das nicht.« — Ein Anderes ist es, wenn Gesetze in gewissen Fällen wegen solcher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen einem Theile den Rücktritt erlauben, wie in L. 8 und ult. Cod. de revoc. don. »Dann sollte man diese Fälle aber auch bloss als besondere Anordnungen des Civilrechtes und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der sog. Clausel rebus sic stantibus behandeln.«

Seither ist die Lehre von der Clausel so sehr in Misscredit gekommen, dass sie nur selten einer kurzen Widerlegung gewürdigt wird [1]; meist wird sie nur als literarische Notiz mit wenigen Worten [2] oder auch gar nicht erwähnt,

[1]) So z. B. Unterholzner, Quellenmäss. Zusammenstellung der Lehre des Röm. R. von den Schuldverhältnissen I. (1840) S. 506 bes. Note b: »Diese Ansicht (die Clausel sei allen Schuldverträgen einverleibt) ist um so verwerflicher, als ein solcher Vorbehalt wegen seiner Unbestimmtheit, selbst wenn er ausdrücklich gemacht wäre, nur dann Giltigkeit haben könnte, wenn die obwaltenden Umstände erlauben, ihm eine bestimmte Deutung zu geben.« Wächter, Württemb. Priv.R. II. (1842) S. 658, Pand. I. (1880) §. 84 Beil. III. Nr. III. 2, S. 439 f., Thibaut, Syst. des Pand.R. (1. Aufl. 1803), 9. Aufl. v. Buchholtz (1846) §. 434, 601 u. Note r.

[2]) So z. B. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gemein. Civ.R. (4. Aufl. 1831) I. S. 224 f., Heimbach, Art. Obligatio in Weiske's Rechtslex. VII. (1847) S. 506 ff., Holzschuher, Theorie und Casuist. des gem. Civ.R. (3. Aufl. v. Kuntze, 1863) I. S. 443 Note 2 a. E., Windscheid, Pand. (7. Aufl.) I. §. 98 Note 5, Degenkolb im Arch. f. civ. Prax. Bd. 71 S. 47, Brinz, Pand. 2. Aufl. IV. S. 421 Note 70, Baron, Pand. 8. Aufl. §. 64, S. 123 u. A.

und nur sehr selten anerkannt, dass sie auch einen ganz gesunden Kern enthalten habe [1]), ein Punkt, auf den wir noch zurückkommen müssen.

Mit dieser Theorie geht auch die Praxis Hand in Hand,

---

[1]) So Seuffert, Pract. Pand.R. (1. Aufl. 1824), 4. Aufl. v. E. A. Seuffert (1860 ff.) II. §. 279 S. 122 und Note 9: Die Clausel (deren Inhalt eine »wahre Bedingung« ist) versteht sich nicht von selbst, aber es »können die besonderen Umstände des Falles die Annahme rechtfertigen, dass sie in dem nach Treu und Glauben zu beachtenden tacitum des Verhältnisses enthalten sei«; das tacitum ist aber (I. §. 86 Note 18, S. 109) eben das, was nach den Umständen, unter denen gehandelt wird, »als sich nach Vernunft und Recht von selbst verstehend, vorausgesetzt ist«; darum kann (II. §. 320 Note 1 a. E. S. 210) die Auszahlung des versprochenen Darlehens verweigert werden, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, welche die Rückzahlung als gefährdet erscheinen lassen. Sehr energisch verurtheilt Regelsberger, Pand. I. (1893) §. 175, S. 637, »die auf einzelne Erscheinungen gebaute allgemeine Behauptung«, die in der alten Clausellehre enthalten war. »Man unterstellt in willkürlicher Weise dem Vertrag den Vorbehalt, dass eine solche Aenderung nicht eintritt . . . Nichts ist für die Sicherheit des Verkehrs gefährlicher; jeder Käufer könnte vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die Preise sinken, jeder Verkäufer, wenn sie steigen.« Aber er fügt hinzu: »Wo eine Aufhebung wegen Aenderung der Umstände anerkannt ist, da stützt sie sich entweder auf die Auslegung des besonderen Vertrages oder auf positive Vorschrift.« Vgl. dazu auch §. 143 S. 528 bei Note 6. Vgl. auch Hölder, Pandekten (Freib. i. B. 1891) §. 56. S. 291 f.: »Die conventionelle Bedeutung einer Handlung kann auf der Vorschrift des Rechtes, auf der Sitte eines weiteren oder engeren Kreises und auf individueller Verständigung beruhen . . . In Ermangelung besonderer Verständigung der Betheiligten ist der Sinn einer Erklärung derjenige, welchen nach den Umständen des Falles sowohl ihr Urheber als ihr Empfänger ihr beilegen musste . . . Hat für den Urheber einer Erklärung vermöge besonderer Umstände die von ihm vollzogene Handlung einen anderen als den sonst ihr zukommenden Sinn, so ist jener massgebend, falls die ihn begründenden Umstände den Betheiligten bekannt oder solche waren, deren Kenntniss durch die Betheiligten erwartet werden durfte«, welches Erforderniss bei letztwilligen Verfügungen wegfällt. — Wendt, Lehrb. d. Pand. Jena 1888, lehnt §. 41 S. 95 f. die Lehre von der Clausel zwar sehr bestimmt, wenn auch ohne den Namen zu nennen, ab; aber (§. 243, S. 585) dass die Obligation durch Wegfall des Interesse erlischt, kann auch darin seinen Grund haben, »dass es durch Veränderung der Umstände und Verhältnisse seine Bedeutung für den Gläubiger verloren hat«.

indem auch sie von der stillschweigenden Clausel in der Regel nur in sehr engen Schranken Anwendung macht oder gar von ihr nichts wissen will: So wurde [1]) die Klage auf Annahme eines Darlehens, das der Darlehenswerber anzunehmen sich geweigert hatte, weil er sich, wenn er die inzwischen veränderten Umstände vorausgesehen hätte, nie darum beworben hätte, in den Unterinstanzen zwar angebrachtermassen abgewiesen (arg. L. 98 pr. D. de V.O. und weil den präparatorischen Verträgen die Clausel stillschweigend innewohne), aber die oberste Instanz verurtheilte den Beklagten [2]), betonend, dass von der Clausel rebus sic stantibus nur ein sehr beschränkter Gebrauch gemacht werden könne, weil sonst auf abgeschlossene Verträge Niemand sicher bauen könnte. — In einem anderen Falle [3]) klagte der Darlehensgläubiger auf Sicherstellung, weil der Schuldner sein Landgut veräussert hatte, woraus er auf so missliche Vermögensumstände schloss, dass er, wenn er sie vorausgesehen hätte, das Darlehen nicht bewilligt haben würde; die Klage wurde (auch) aus dem Grunde abgewiesen, weil sie durch die Beziehung auf die ausser dem Falle einer Vermögensverschlimmerung hieher gar nicht gehörende Clausel rebus sic stantibus nicht zu begründen stand. — In einem dritten Falle [4]) hatte ein Fabrikant einen auf Lebenszeit und mit Ausschluss der Kündigung angestellten Werkführer entlassen und gegen dessen Klage auf Lohnzahlung eingewendet, dass er seine Fabrik aufgelassen habe. Die Einrede wurde verworfen, da schon die Art der Anstellung des Klägers zeige, dass der Fall der Auflösung der Fabrik nicht ausgenommen war. — Gegen die Klage auf Zahlung der Cautionssumme wegen Nichtsistirung des An-

---

[1]) Seuffert, Archiv II. Nr. 165 (Dresden).

[2]) Zunächst zur Annahme der Summe, im Revisionszug aber nur zur Verzinsung derselben während der vereinbarten Zeit.

[3]) Seuffert VI. Nr. 137 (Jena).

[4]) Ebenda VIII. Nr. 253 (Cassel).

geklagten [1]) wendeten die beklagten Bürgen ein, kraft der inzwischen erfolgten Neuorganisation der Gerichte existire das Gericht nicht mehr, dem sie sich verpflichtet hatten, — eine Einwendung, die auch darum verworfen wurde, weil darüber heute kein Zweifel bestehe, dass die Clausel rebus sic stantibus einem Vertrage stillschweigend nicht innewohne. — In einem anderen, von demselben obersten Gericht entschiedenen Falle [2]) wurde die vom Massecurator auf Zuzählung des dem Cridar vor Ausbruch des Concurses versprochenen Darlehens erhobene Klage abgewiesen, aber nicht darum, weil es sich um einen Fall des Wirksamwerdens der Clausel handle — diese Begründung wird ausdrücklich abgelehnt —, sondern weil bei dem Darlehensversprechen auf die Person, wie das Vermögen des Darlehenswerbers Rücksicht genommen war, und das, was jetzt dem Capitalisten versprochen werden könnte, etwas ganz Anderes, als das in Aussicht Genommene wäre. — Eltern hatten ihren Nachlass vertragsmässig unter ihre mit den Theilungsbestimmungen einverstandenen Kinder vertheilt. Zur Zeit des Erbanfalles war aber das in dem Vertrag vorausgesetzte Anerbenrecht bereits aufgehoben und darum behauptete ein Sohn die Hinfälligkeit des Vertrages. Sein Begehren wurde zurückgewiesen [3]); der Vertrag erscheine darum, weil hinterher Umstände eintraten, welche, wenn sie schon damals vorgelegen hätten oder vorausgesehen worden wären, die Contrahenten bestimmt hätten, ihn nicht einzugehen, noch nicht als »hinfällig wegen Nichteintritts der Voraussetzungen, unter denen er geschlossen worden«, »vielmehr muss . . . eine auf dem Willen der Contrahenten beruhende Selbstbeschränkung des Vertragswillens erkennbar sein«, während im vorliegenden Falle keiner derselben an die Möglichkeit einer solchen Rechtsänderung gedacht hatte. — In dem letzten hier anzuführenden

[1]) Ebenda X. Nr. 7 (Lübeck).

[2]) Ebenda XXVI. Nr. 212.

[3]) Ebenda XXXIV. Nr. 268 (Celle).

Falle [1]) suchte der Beklagte nachzuweisen, dass ihm nach dem Rechte der Voraussetzung das Rücktrittsrecht zustehe, weil inzwischen ein neues Gesetz eine Verbrauchssteuer auf Spiritus [2]) eingeführt hatte. Die Einwendung wurde verworfen, denn der Vertragsschluss erfolgte während der Berathungen über dieses Gesetz, daher anzunehmen war, dass der unbeschränkt lautende Vertrag die Clausel rebus sic stantibus nicht enthalte, da doch die Thatsache der Berathung des Gesetzes den Beklagten zu einem ausdrücklichen Vorbehalt im Vertrag hätte bestimmen müssen, wenn er sich gegen die ihm aus dem neuen Gesetze erwachsenden Nachtheile sichern wollte. Jedenfalls hätte ein den Vertragswillen beschränkendes Moment in einer dem anderen Contrahenten erkennbaren Weise in dem Vertrag hervortreten müssen, um ihn aus solchem Grunde anfechtbar zu machen.

§. 10. Aehnlich den Bahnen, in denen sich die civilistische Literatur unserer Clausel entwickelte, sind auch jene, in denen die Literatur des Natur- und Völkerrechts sich bewegt. Beide knüpfen durch lange Zeiträume an Hugo Grotius an (vgl. insbes. oben §. 5), an dessen Seite der »wahre Vater des Naturrechtes« S. Pufendorff steht. So wie diese Beiden Bedenken gegen die Lehre von der weit ausgedehnten Anwendbarkeit der Clausel hatten, so verlangt auch nach der Auffassung von Hobbes [3]) das natürliche Gesetz, dass man die Verträge halte und die gegebene Treue nicht breche, weil das zur Erhaltung des Friedens erforderlich ist. Für alle Jene freilich, die gegenüber dem Missbrauch, der mit dem Vertrag als juristischem Constructionsmittel getrieben wurde, die rechtsverbindliche Kraft der Verträge ganz und gar bestritten und ihre Verpflichtungskraft nur in die Lehre

---

[1]) Ebenda XLIV. Nr. 37 (Braunschweig).

[2]) Dies war der Gegenstand des Vertrages.

[3]) De cive (zuerst 1642, deutsch von v. Kirchmann 1873) c. III. § 1, 2.

von den Gewissenspflichten stellten [1]), existirte die Frage als Rechtsfrage überhaupt nicht. Jene Naturrechtslehrer aber, die diesen Standpunkt nicht theilen, verhalten sich meist ablehnend gegen die weite Ausdehnung der Clausellehre. So steht z. B. bei Hufeland [2]), obwohl er durch die völlige Veränderung der Umstände die Giltigkeit des Vertrages aufhören lässt, daneben doch die Frage, inwiefern bei Verträgen unsere Clausel zu subintelligiren sei.

Kant [3]) lässt durch den Vertrag »das Seine des Einen auf den Anderen übergehen« und erklärt, »dass ich (den Vertrag) halten soll, begreift Jeder von selbst«; die Frage nach der Tragung der Gefahr beim Commodat löst er aber bloss vom Standpunkt des vermutheten Parteiwillens (der Commodatar hat — so lautet das Urtheil im Naturzustande — den zufälligen Schaden zu tragen, weil der Commodant ihm die Sache nicht geliehen hätte, wenn er hätte voraussehen können, dass sie werde beschädigt werden) und statuirt damit eine Anwendung der Clausel rebus sic stantibus, an die wohl vor ihm Niemand gedacht hat [4]).

Zeiller [5]) geht davon aus, dass die Clausel nicht zu subintelligiren sei; man kann sich damit nicht entschuldigen,

---

[1]) Vgl. Hugo, Lehrb. des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechtes. II. Lehrb. eines civilistischen Cursus. 4. Aufl. Berlin 1819, §. 335 f. Auf die zahlreichen Theorien über den Grund der Vertragsverbindlichkeit einzugehen, ist hier keine Veranlassung gegeben. Vgl. F. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen ... Wien 1874, S. 86—114, A. Ehrenzweig, Ueber den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889.

[2]) Rechtssätze des Naturrechtes. 2. Aufl. Jena 1795, §. 323, S. 167.

[3]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797, S. 98 ff., 143 ff.

[4]) Genau ebenso macht es, nur zu Gunsten des Commodatars, sein Gegner Schmalz, Handb. der Rechtsphilosophie. Halle 1807, S. 174 ff. Verwechslungen der wohl zu unterscheidenden (Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888, S. 149 ff.) Willenswirkungen und Gesetzeswirkungen liegen ja um so näher, als so manche Gesetzeswirkung darum statuirt ist, weil sie auch dem wahrscheinlichen Parteiwillen entspricht.

[5]) Natürliches Privatrecht. Wien 1802, §. 117, 119.

dass man bei dem Vertragsabschluss die Umstände nicht erschöpfend gekannt habe, oder dass sich seither die Sachlage geändert habe, die Erfüllung schwieriger geworden sei, oder dass man, wenn der Vertrag jetzt zu schliessen wäre, gewiss anders contrahiren würde und eben darum die Billigkeit eine Abweichung von dem Buchstaben des Vertrages fordere, — denn alle Sicherheit der Verträge wäre zerstört, wenn der Richter die Billigkeit an die Stelle des Rechtes setzte; allein das Alles schliesst nicht aus, dass er die Veränderung der Umstände, von denen als ausdrücklicher oder stillschweigender Bedingung der Vertrag abhing, unter den Auflösungsarten der Verträge nennt.

Geradezu die Weber-Höpfner'sche Lehre vertreten K. H. v. Gros[1]) und G. N. Schnabel[2]), und sogar mit scharfen Worten — er nennt sie eine ganz unstatthafte Erdichtung — verwirft Röder[3]) die Clausel als immanentes Element der Verträge. Das Wahre daran sei nur, dass eine Aenderung der wesentlichen (sic) Erfordernisse der Giltigkeit des Vertrages[4]) von selbst dessen Erlöschung nach sich ziehe. So dürfe der Schenker, wenn ihm später Kinder geboren werden, die Schenkung widerrufen, weil nun eben die Pflichten gegen die Kinder vorgehen; es sei derselbe Rechtsgedanke, wie der, dass die agnatio postumi das Testament rumpire.

In eigenthümlicher Weise lässt Stahl[5]) eine beschränkte Anwendung der Clausel zu: »Da ... auch die einzelne Leistung einer Person nicht abtrennbar ist von ihrer ganzen Persönlichkeit, so ist hier eine oberste Frage des Rechtes und der Gerechtigkeit das Verhältniss der Erzwingbarkeit, die jene,

[1]) Lehrbuch der philos. Rechtswissensch. od. des Naturrechts (1. Aufl. 1802), 6. Aufl. 1842. §. 232, S. 94.

[2]) Das natürl. Privatrecht. Wien 1842, S. 155.

[3]) Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphil. Heidelberg 1846, S. 348.

[4]) Z. B. das moralisch Unmöglichwerden seiner Erfüllung.

[5]) Die Philosophie des Rechtes (3. Aufl.) II/1, 1854, S. 407 f.

und der Freiheit, die diese erheischt.... Es dürfen ferner rein persönliche Handlungen nicht erzwungen werden, sofern das die ganze persönliche Lebensstellung des Schuldners alterirt, z. B. eine Sängerin zu ihrem Engagement, wenn sie den ganzen Beruf aufgeben will.« ... Hieran anknüpfend, will Ahrens[1]) den einseitigen Rücktritt gestatten bei Verträgen auf alle jene Leistungen, die in fortgesetzter Thätigkeit eine freie Hingabe an den Gegenstand erheischen. Der Vertrag eines Schriftstellers mit dem Verleger soll hinfällig werden, wenn es sich um eine erst vorzunehmende wissenschaftliche oder literarische Arbeit handelt und der Autor erklärt, sie überhaupt nicht erfüllen zu können[2]). Nur unter den bezeichneten Voraussetzungen habe die Lehre von der stillschweigenden Clausel Anwendung.

Grössere Anerkennung geniesst die Lehre von der Clausel rebus sic stantibus noch heute in der Literatur des Völkerrechts. Zwar sträuben sich manche Schriftsteller, dies zuzugeben, andere aber sagen es grade heraus, wenn auch ihre Begründungen sehr aus einander gehen. Die Vertreter der ersten Gruppe stellen das Princip des Wort- und Treuehaltens an die Spitze, um es dann entsprechend zu modificiren. So sagt z. B. v. Martini[3]): »Nichts ist der menschlichen Gerechtigkeit und Treue so angemessener (sic), als Jenes zu halten, was man einmal genehmigt hat, damit nicht die Rechte, welche eine Nation auf die andere übertragen hat, ihr wider ihren Willen genommen werden.« An einer späteren Stelle aber heisst es: »Auch Bündnisse enthalten von Natur gewisse Bedingnisse, die völlig erfüllt werden müssen, wenn sie

---

[1]) Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates, 6. Aufl. 1871, II. S. 205.

[2]) Das sei auch im »§. 1000 ff. des A.L.R.« angenommen. Gemeint ist I. 11 §. 1000 ff., doch steht der behauptete Satz auch in der richtig gestellten Stelle so durchaus nicht.

[3]) Lehrbegriff cit. IV. Nr. 103, S. 54; die zweitangef. Stelle steht Nr. 117, S. 60.

auch nicht ausgedrückt worden sind. Daher kann eine Nation die versprochenen Hilfstruppen nicht geben, wenn sie selbst zu Hause einen Feind hat.« Klüber[1]) wendet zwar grundsätzlich Weber's Lehre auch auf die völkerrechtlichen Verträge an, aus den angeführten Beispielen ersieht man aber, wie viel als stillschweigend vorausgesetzt angesehen werden soll: die fortdauernde Selbständigkeit der contrahirenden Staaten, das Dasein einer bestimmten Staatsform oder eines Regenten aus einer bestimmten Familie, ferner, dass der Versprechende die zugesagten Subsidien nicht zur Selbstvertheidigung nothwendig haben müsse u. s. w. Auch Heffter[2]) geht von dem Grundsatz aus, den Klüber an die Spitze stellt, aber die Note fügt bei: »Die Völker oder Staatsgewalten sind nicht so Meister ihrer Schicksale, wie sie die ihrer Angehörigen leiten und ordnen können. Die Annahme der stillschweigenden Bedingung rebus sic stantibus ist daher in obiger Weise unvermeidlich.« So, wenn der Verpflichtete seine bisherige politische Stellung nicht behaupten könnte, namentlich wenn er sich in eine Ungleichheit gegen andere Staaten versetzen würde, die zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bestand und nicht beabsichtigt war; wenn ein gewisses Ereigniss oder Verhältniss das Motiv des eingegangenen Vertrages war, dann aber entweder nicht eingetreten ist oder wieder aufgehört hat, z. B. eine Familienverbindung als Veranlassung einer Allianz. — Sehr vorsichtig sagt Ahrens[3]) zunächst: »Dagegen wird eine wesentliche Aenderung der Umstände in den öffentlichen Staats- und Völkerrechtsverhältnissen stets ein gewichtiges Motiv zur Aenderung von Verträgen werden. Die Hartnäckigkeit eines Theiles, der auf seinem formellen Vertrage besteht, wird schliesslich den Bruch herbeiführen, indem die sachlichen Verhältnisse sich mächtiger erweisen, als der Willenstrotz der

[1]) Europäisches Völkerrecht (Stuttg. 1821) I. §. 165.
[2]) Europäisches Völkerrecht der Gegenwart (Berlin 1844) §. 98.
[3]) An dem S. 282 Note 1 a. O. S. 205.

einzelnen Parteien.« S. 522 f. aber fügt er hinzu: »Auch für Verträge des Völkerrechtes gilt die sittliche Rechtsforderung, dass sie gehalten werden müssen. Da aber keine höhere Zwangsgewalt besteht, . . . so liegt die Bürgschaft wesentlich nur in der inneren Macht der Verhältnisse, der Interessen und der Befürchtung des Krieges. Es ergibt sich aber auch daraus die Pflicht eines Staates, nicht hartnäckig an einem Vertrage festzuhalten, der den wesentlich veränderten Verhältnissen nicht mehr entspricht.«

v. Holtzendorff[1]) bezeichnet als einen Vertragsaufhebungsgrund die Veränderung der Umstände oder die sog. Clausel rebus sic stantibus, »welche in früherer Zeit einen stets willkommenen Vorwand bot, um sich der Erfüllung vertragsmässiger Obliegenheiten zu entziehen . . . Die Beziehungen der Staaten sind in viel höherem Masse abhängig von den thatsächlichen Ereignissen, die sich unabhängig von dem Willen derselben durch Zuthun Dritter vollziehen. Ein als dauernd vorausgesetzter Zustand kann hinterher plötzlich unhaltbar werden. Es ist nicht nothwendig, dass unberechenbare Ereignisse grade in die Form einer Bedingung eingekleidet werden, um den Effect einer Bedingung herbeizuführen.«

Weiter scheint Jellinek[2]) zu gehen, doch sind seine Ausführungen nicht von einem einheitlichen Gedanken getragen, insbesondere die juristische Begründung von ganz verschiedenen Seiten unternommen. Seine allgemeinste These (S. 39 f.) lautet: Wenn ein bestimmter Rechtssatz dem Staatszwecke nicht mehr genügt, so erlischt für den Staatswillen die selbstgesetzte Verpflichtung, ihn aufrecht zu erhalten, durch die höhere Verpflichtung, dem Staatszwecke zu genügen . . . Da jede staatliche Verpflichtung ihrer substantiellen Seite nach eine Erfüllung des Staatszweckes ist, so be-

[1]) In seiner Encyklopädie der Rechtswissenschaft (4. Aufl. 1882) S. 1229.
[2]) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien 1880.

steht sie nur so lange, als sie diesem Zwecke genügt. Daher trägt jeder Act des Staatswillens die Clausel rebus sic stantibus in sich ...« S. 62 f. wird die Anwendung auf die Staatsverträge gemacht. Ein eigenthümlicher Endigungsgrund derselben ist die Collision der höchsten Staatszwecke, zu welchen vor Allem die Selbsterhaltung zählt, mit der Erfüllung des Vertrages. Hier tritt das Nothrecht des Staates ein, welches ihm gebietet, seine Existenz höher zu achten, als die Verpflichtungen, welche er gegen Fremde übernommen hat. Juristisch ist das Eintreten solcher, die Vertragserfüllung zur Verletzung der Pflichten gegen sich selbst machender Umstände als unverschuldetes Eintreten der Unmöglichkeit der Leistung aufzufassen... Nur falsche Abstractionen aus dem Privatrecht können zu dem Glauben verleiten, dass durch die Anerkennung der dem Staatenvertrage stillschweigend beigefügten Clausel rebus sic stantibus das staatliche Vertragsrecht illusorisch gemacht würde. Ein Staat ist ... ein in steter Bewegung und Umbildung begriffener[1]) Factor der weltgeschichtlichen Entwicklung ... Und der Staat der Vergangenheit sollte die Macht haben, die Gegenwart und Zukunft des Staates zu beherrschen? ... Nur eine den Zweck und die geschichtliche Function des Rechtes vergessende Theorie könnte dem Staate eine unlösbare Verpflichtung auferlegen wollen. Der Zweck des Rechtes besteht aber in der Erhaltung der Bedingungen des menschlichen Gemeinlebens. Zu diesen Bedingungen zählt aber vor Allem die staatliche Organisation in ihrer freien Entwicklung. Was diese hemmt, kann also nimmermehr recht sein« ...

---

[1]) S. 27 f. aber ist zu lesen: »Der Staat hört nicht auf, das zu wollen, was er einmal als Inhalt seines Willens gesetzt hat, bis ein entgegengesetzter Willensact den ersten aufhebt. Der Staatswille, wenigstens der des Rechtsstaates, ist daher viel constanter und verlässlicher, als der Wille des Individuums« ...

Ganz anders Trendelenburg[1]). Weit davon entfernt, die Erlöschung von Staatsverträgen durch Aenderung der Umstände in der Idee und dem Zwecke des Rechtes begründet zu finden, begnügt er sich mit einer (wenn der Ausdruck gestattet ist) staatspsychologischen Erklärung der diesfälligen Thatsachen: »Ueber die Staaten gibt es keinen Richter . . . Der Staat, dessen Natur es ist, im Verkehr mit anderen Staaten nur an seine Macht zu denken, ist, wie der natürliche Mensch, der nur sich will, selbstsüchtig, indem er die Schwächeren dienstbar macht; eifersüchtig, weil er die Machtvermehrung und Begünstigung, die ein anderer erfährt, als eigene Schwächung empfindet; undankbar, weil jeder Dank für eine Wohlthat die Erinnerung an eine frühere Abhängigkeit und insofern ein Gefühl der Demüthigung mit sich führt; je nach den Umständen gewaltthätig und listig, um die Zeitläufte bestens auszubeuten. Wie sich im Naturstande Jeder fürchten müsste, seinestheils zuerst einen Vertrag zu erfüllen, weil er sich dadurch in Nachtheil setzen würde, so sind die Staaten gegen einander auf der Hut, um sich durch einseitige Leistung des Versprochenen nicht selbst zu schaden. Die Verträge sind oft nur eine Decke, unter welcher heimlich die Selbstsucht fortspielt. Es kann geschehen, dass selbst der eine Theil, der noch äusserlich bei dem Vertrage geblieben, schon innerlich abgefallen ist, und daher der andere, will er nicht der Betrogene sein, ihm zuvorkommen muss, selbst auf die Gefahr hin, dass der Schein des Treubruches auf ihn falle. Die Treue der Verträge erscheint dann als gutmüthige Schwäche, und der Treubruch zur rechten Zeit als Grundlage neuer Macht und neuen Rechtes. Ob ein Vertrag gebrochen ist, und ob der gebrochene durch Zwang zu sühnen oder herzustellen, bleibt zuletzt dem Ermessen, dem Willen und dem Können des verletzten Theiles

[1]) Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2. Aufl. S. 583.

überlassen. Es regiert die Selbsthilfe, welche sonst das Gegentheil des Rechtes ist ...«

Auch v. Martens[1]) lässt die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages aufhören, wenn die Umstände, »angesichts welcher oder um derentwillen er abgeschlossen worden war, sich wesentlich verändert haben«. Der Vertrag werde »stets unter der stillschweigenden Bedingung eingegangen, er solle auf so lange verbindlich sein, als die Voraussetzungen seines Abschlusses unverändert fortdauern«. Der häufig vorgekommene Missbrauch der Clausel rebus sic stantibus, nämlich die willkürlichen Vertragsverletzungen auf Grund der Wandlung irgend welcher Umstände könne »nicht beweisen, dass die Regel selbst absolut werthlos sei«. Der Staat kann sich durch internationale Verträge nur um eines Staatszweckes willen binden, so dass jedes von ihm eingegangene Rechtsverhältniss so lange besteht, als es mit diesem Zwecke im Einklang steht. Die Giltigkeit des Vertrages erlischt daher nur, wenn eine solche Veränderung in der beiderseitigen Situation der Parteien eintritt, dass der gedachte Zweck unerreichbar wird und die fortgesetzte Anerkennung des Vertrages den Staat in Gefahr bringen würde.

Bluntschli's Darstellung[2]) unterscheidet sich von denen der bisher Genannten dadurch, dass er grundsätzlich die Clausel den Verträgen nicht immanent sein lässt, weil das Gegentheil alles Vertragsrecht unsicher machen würde; allerdings aber »ist auch das entgegengesetzte System zu verwerfen, wonach die Vertragspflicht unverändert fortdauert, wie immer sich inzwischen die Umstände ändern«. Sein Mittelweg ist nun der: die Verbindlichkeit soll bei solchen Veränderungen erlöschen, welche die Erfüllung derselben unnatürlich und sinnlos erscheinen lassen; wenn z. B. der

[1]) Völkerrecht. Deutsch von Bergbohm. I. 1883, S. 426 f.

[2]) Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. 3. Aufl. Nördlingen 1878, S. 256 ff., §. 456 ff.

Vertrag eine bestimmte Confession der Bevölkerung voraussetzt, so verliert er seine Kraft, wenn sie zu einer anderen Confession übergeht; ebenso, wenn er eine bestimmte Verfassung des Landes voraussetzt und diese einer anderen Platz macht. Ferner wenn die Vertragsverbindlichkeit mit der Entwicklung des anerkannten Menschen- und Völkerrechtes in Widerstreit geräth, wie z. B. Verträge über die Ausbreitung der Sklaverei oder des Kaperwesens, sobald humanere Grundsätze zur allgemeinen Anerkennung gelangt sind; ebenso können Verträge gekündigt werden, wenn sie mit der als nothwendig erkannten Fortbildung der Verfassung eines Staates oder mit der nothwendigen Wandlung des Privatrechtes unverträglich geworden sind, weil das Vertragsrecht kein bleibendes Hinderniss der Entwicklung der Staatsverfassung und der Rechtsordnung bilden darf, wenn anders die Vertragstreue nicht zum Selbstmord führen soll [1]), — überhaupt alle staatsverderblichen Verträge, sobald sie als solche erkannt werden. Man sieht, dass Bluntschli dieses Ergebniss auch hätte erreichen können, wenn er grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Clausel ausgegangen wäre.

Ganz entbehrlich ist aber die Clausel für Lasson [2]). »Im Staate gibt es für die Giltigkeit und für die Auslegung des geschlossenen Vertrages einen Richter und für das Innehalten der getroffenen Verabredung einen Zwang. Beides fällt bei dem Vertrage zwischen Staaten fort. Jeder der Staaten legt den Sinn des Vertrages selber aus mit höchster Autorität, und seine Ansicht darüber, ob der andere den Vertrag innegehalten oder gebrochen hat, ob er also selber formell noch weiter verpflichtet ist, bleibt die giltige, weil kein Richter da ist, sie zu entscheiden. Endlich wird der Staat

---

[1]) Der Verf. beruft sich auf das preussische Manifest v. 9. Oct. 1806: »Vor allen Tractaten haben die Nationen ihre Rechte.«

[2]) System der Rechtsphilosophie. Berlin u. Leipzig 1882, S. 403 ff.

zwar in kluger Voraussicht künftiger dauernder Bedürfnisse nach dem Rufe der Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit streben, und den Vertrag, den der andere nicht bricht, im gewöhnlichen Laufe der Dinge auch selber halten;« wo aber seine dringenden Interessen mit dem Vertrag sich nicht mehr vertragen, wird er dessen Fessel nicht mehr ertragen, wofern er nicht besorgen muss, dadurch noch grössere Gefahren für sich heraufzubeschwören. »Die Sorge für die Selbsterhaltung und Sicherheit des Staates ist so sehr das Erste, dass dagegen die Gedanken an formell übernommene Schranken des Willens nicht aufkommen. Sich einem anderen Staate gegenüber dauernd und unwiderruflich zu binden, ist der Staat gar nicht im Stande ... Die Verträge der Staaten haben also keine rechtliche, sondern nur eine thatsächliche Geltung. Sie werden gehalten, so lange sie der angemessene Ausdruck für die gegenseitigen Interessen und die gegenseitigen Machtverhältnisse sind ... Nach alledem gibt es für die Verhältnisse zwischen den Staaten ein eigentliches Recht von formellem und positivem Character nicht ...«

§. 11. Fragen wir nun nach dem Ergebniss dieser mehr als sechs Jahrhunderte umspannenden Entwicklungsgeschichte der Lehre von der Clausel rebus sic stantibus, so möchte ich mehr Gewicht legen auf das, was in ihr immer gleich geblieben ist, als auf die wechselnden Elemente derselben. Wohl hat ihr Inhalt sich sehr geändert, die engste und die weiteste Fassung, die sie im Laufe der Zeiten erhalten hat, stehen weit von einander ab. Das ist aber sehr naturgemäss: wenn sich Hunderte von Juristen während einer Zeit, die mehr als ein halbes Jahrtausend beträgt, mit einer Rechtsfrage befassen, so wird das Ergebniss wohl nie bei Allen das nämliche sein. Dass sich aber so Viele mit dieser Frage beschäftigt haben, und dass sie unter dieser vielfachen Bearbeitung so verschiedene Gestalten angenommen hat, beweist, dass man sie für eine wichtige Frage hielt. Und dass die Begründung, die

man versuchte, bald nach diesen, bald nach jenen Quellenaussprüchen unsicher tastend griff, dass der Eine Stellen heranzog, die der Andere nicht einmal erwähnen mochte, und von denen doch keine geeignet war, die Lehre ausreichend zu begründen, zeigt, dass es sich um eine Frage handelt, die das Römische Recht so, wie sie nun gestellt wurde, sich gar nicht aufgeworfen hat [1]). Und das mag wohl auch der oder doch ein Grund dafür sein, dass manche treffliche Juristen, denen die Quellen des Römischen Rechts mit der geschriebenen Rechtsvernunft zusammenfielen, die Clausellehre keiner Widerlegung, ja nicht einmal einer Erwähnung werth gehalten haben [2]).

Diese neue Frage kann leicht so gefasst werden, dass in ihr nur betont wird, was der immer gleichbleibende Inhalt der Clausellehre war, der uns auch in der dogmengeschichtlichen Entwicklung überall entgegengetreten ist: Es handelt sich immer um den Versuch, das Gebiet zu begrenzen, die Fälle zu bestimmen, wo eine an sich rechtsgiltig abgegebene Willenserklärung darum als nicht weiter rechtswirksam angesehen werden darf, weil die Sachlage so geartet ist oder sich so gestaltet hat, dass der Erklärende, wenn er in voller Kenntniss der Sachlage (bezw. der später eingetretenen Veränderung derselben) gewesen wäre, seine Erklärung überhaupt nicht oder doch so nicht abgegeben hätte. Nehmen wir immerhin an, das Römische Recht beantworte diese Frage durch die Entscheidungen, die es enthält in seinen Lehren »vom Irrthum, der Bedingung, vom Modus und der condictio

[1]) Vgl. Pernice, Labeo III. 1. S. 11: »Die Gedankengänge, die zur Erweiterung des Modusbegriffes, zur Lehre von der Selbstbeschränkung des Willens, zur Voraussetzung geführt haben, sind durchaus moderne . . . unter dem unmittelbaren Eindrucke der Rechtsbücher sind diese Anschauungen nicht entstanden; sie konnten so gar nicht entstehen.«

[2]) Hätten sie dieselbe etwa nur darum verworfen, weil sie sie für eine blosse Beschönigung des Wortbruchs hielten, so würden sie nicht geschwiegen, sondern die Lehre bekämpft haben.

sine causa« [1]), so folgt doch daraus noch durchaus nicht, dass diese Fragenstellung aus reiner Willkür geschehen sei und der Versuch einer Antwort ohne Nutzen und Frucht für die Wissenschaft und das Leben bleiben müsse [2]); dem widerspricht schon die Thatsache, dass dieser Versuch so geraume Zeit wiederholt wurde. Die Frage ist in dem bezeichneten Kern in allen Versuchen ihrer Beantwortung die gleiche, nur darin gehen die Antworten sehr auseinander, ob mehr oder weniger für eine Bejahung zu verlangen sei, und ob die Frage für alle rechtlich in Betracht kommenden Willenserklärungen (also z. B. auch für die des Gesetzgebers als solchen) oder nur für gewisse Kategorien (z. B. nur für Verträge) aufzuwerfen sei.

Gegen das Gesagte könnte man aber einwenden, es sei gar nicht zutreffend, dass die Clausel es mit den vier vorhin genannten Lehren zu thun habe; aus den üblichen technischen Namen der Clausel [3]) sei freilich diesfalls nichts zu erschliessen, denn diese wollen nur den oben bezeichneten Thatbestand kurz andeuten; aber wenn die Juristen sagen wollen, was die Clausel sei, was sie rechtlich bedeute und wirke, dann nennen sie sie conditio, tacita conditio, Bedingung, stillschweigende Bedingung [4]). Demgemäss könne es sich nur

---

[1]) Brinz, Pand. 2. Aufl. IV. S. 228 f., Note 7.

[2]) Wie Voigt, Ueber die condictiones ob causam (S. 518) meint, — nur redet er wie Brinz freilich nicht von der »Clausel«.

[3]) Rebus sic stantibus, rebus sic se habentibus, rebus in eodem statu permanentibus, si res in eodem statu permanserit, wann die Sachen in dem Orth und Bestand bleiben, darinnen sie bei gethanem Versprechen stehen u. dgl.

[4]) Ich füge zu den passim schon gegebenen Belegen noch hinzu: Lauterbach, Coll. theor. pract. lib. 17, tit. 2, §. 30 (I. p. 934): Unde semper haec tacita inest conditio rebus sic stantibus; ebenso Bornemann, Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere nach preuss. R. 2. Aufl. Berlin 1833, S. 161, wo er sie ausdrücklich zu den tacitae conditiones rechnet; S. 201 nennt er sie unter dem Namen Clausel bei den Infirmationsgründen der Rechtsgeschäfte. Auch Endemann, Einführung in das Stud. des B.G.B. f. d. Deutsche Reich (Berlin 1896) I. S. 132 findet, das Versprechen der Vorleistung im §. 321 sei abgegeben unter der stillschweigenden Bedingung, »wenn die Dinge so wie jetzt liegen«.

um die Anwendung der von Bedingungen geltenden Grundsätze handeln.

Richtig ist nun allerdings, dass der eben ausgesprochene Satz auch von den Vertretern der Clausellehre regelmässig behauptet wird, ebenso gewiss aber, dass er durchaus nicht immer ernst gemeint war [1]) (wobei freilich nicht selten ein Missverständniss der L. 99 D. de cond. et dem. 35. 1 unterlief); denn bald halten sie das ipso jure Ungiltigwerden des Vertrags, bald das Abgehendürfen von ihm für die Wirkungen des Eintretens dieser Bedingung, ja es kommt auch das vor, dass bei einer Rückbildung der Umstände zum status quo ante dem Vertrag die Erweckung zu neuem Leben gestattet wird oder dass trotz des Eintretens der Bedingung nur eine Mehrung oder Mässigung der einen Leistung erfolgen soll.

Aber noch mehr! Dass diese Bedingung nicht ohne weiteres einer gewöhnlichen (technischen) Bedingung gleichstehe, hat man instinctiv schon lange gefühlt. Nahezu zwanzig Jahre vor Windscheid's Schrift über die Voraussetzung sagte Schmitthener [2]) von gegenseitigen Verträgen: »Indem ich die Leistung unternehme, thue ich dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Gegenleistung erfolgen werde. Wenn ich unter irgend einer Voraussetzung thue, thue ich nicht unbedingt, also bedingt ...« Als Erxleben die erste Abtheilung seiner Condictiones sine causa publicirte (1850), konnte er das in demselben Jahre erschienene Werk Windscheid's noch nicht kennen, er selbst aber redet sehr oft von der Voraussetzung als einem Thatbestandselement für das Dasein einer condictio; Dernburg, obwohl ein Gegner von Windscheid's Lehre [3]), erklärt gleichwohl [4]), indem er die all-

---

[1]) S. oben S. 240, Note 1.

[2]) Ueber Verträge ... (1831) S. 92.

[3]) Pandekten, 5. Aufl. I. §. 115, S. 274.

[4]) Lehrb. des Preuss. Priv.R. II. (2. Aufl. Halle 1880) §. 100, S. 237 f. und Note 10. Vgl. auch Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 16: »Die still-

gemeinen Bestimmungen des A.L.R. über die Clausel nicht erschöpfend findet, die Veränderung der Umstände sei dann relevant, wenn die Nichtveränderung Voraussetzung war, d. h. wenn erhellte, dass das Geschäft nur für diesen Fall festbindend sein sollte, dann aber nicht, wenn sie blosses Motiv der Eingehung war; wie oft, auch im juristischen Sprachgebrauch und selbst in dem der Gesetze, das Wort »Bedingung« ganz allgemein einen Umstand bezeichnet, von dem etwas abhängig, der für etwas bestimmend ist, und dass es promiscue mit »Voraussetzung« gebraucht wird, darüber will ich nur auf Adickes[1]) verweisen. In neuester Zeit ist es auch durchaus nichts seltenes, dass in gerichtlichen Entscheidungen von der Voraussetzung oder von dem Recht der Voraussetzung gesprochen wird[2]).

Was Windscheid Voraussetzung im technischen Sinne zu nennen vorgeschlagen und als eine unentwickelte Bedingung characterisirt hat, bestimmt er selbst so[3]): »Voraussetzung ist . . . nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde . . . Das Vorausgesetzte ist nicht das nicht Ausgesprochene, sondern dasjenige, von dem man, obgleich man ohne dasselbe nicht will, die Existenz seiner Willenserklärung nicht abhängig gemacht hat, weil man es eben als seiend, oder gewesen seiend, oder sein werdend, vorausgesetzt hat.« Und dabei wird, damit ein solcher Wille als ein rechtlich beschränkter erscheine, nicht nur angenommen, dass die rechtliche Beurtheilung diesen Inhalt des Willens erkenne, sondern

---

schweigende Voraussetzung, wie sie im preuss. Landr. I. 5, §. 377 codificirt erscheint . . .«

[1]) Zur Lehre von den Bedingungen. Berlin 1876, S. 6—8 und Note 2, S. 81 f.

[2]) Ein Fall dieser Art ist der oben S. 279 angeführte; Bekker, Pand. II. 1889, S. 375 hat zahlreiche Fälle dieser Art zusammengestellt.

[3]) Die Lehre des röm. R. v. d. Voraussetzung. Düsseldorf 1850, S. 7, 8, 82 f. Vgl. auch seine Pand. I. §. 97 ff., II. §. 422 ff.

bei Willenserklärungen unter Lebenden auch, dass er der dem Erklärenden gegenüber stehenden Seite als erkennbar entgegengetreten sei. Man wird nicht leugnen können, dass man die Sachlage, für welche die Clausel berechnet ist, genau mit den nämlichen Worten, die Windscheid für die Voraussetzung gebraucht, durchaus zutreffend bezeichnen kann, wie auch seine »erste Absicht« der causa finalis, dem Endzweck oder Hauptzweck der späteren Vertreter der Clausellehre parallel läuft. Es ist das nämliche wissenschaftliche Bedürfniss, das die Clausellehre und die von der Voraussetzung hervortrieb.

Dagegen ist allerdings in der Anwendung ein bedeutender Unterschied nicht zu verkennen: Windscheid's Voraussetzung hat es nur zu thun mit dem Haben ohne Grund, sie ist ihm wesentlich eine Lehre des Vermögensrechts, während die Clausellehre weit darüber hinausgreift, und selbst wenn sie beschränkt auf das Gebiet des Vertragsrechtes auftritt, doch nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch familienrechtliche Verträge, namentlich das Verlöbniss, zu umfassen pflegt; und, was noch wichtiger ist, während die Clausellehre meist nur auf unerfüllte Geschäfte angewendet wird, die Condictionenfrage aber gar nicht zu berühren pflegt, hat Windscheid die Voraussetzung hauptsächlich als Constructionsmittel der Condictionen benutzt, die in der Clausellehre die Hauptrolle spielenden Fälle aber nur gestreift [1]) — und doch ist, soweit es sich um die Frage handelt, wie der Wille beschaffen sein müsse und bezw. nicht beschaffen sein dürfe, um definitiv zu wirken, die Zusammengehörigkeit beider Gebiete einleuchtend.

Windscheid's Lehre ist von Vielen anerkannt und angenommen, von einer vielleicht noch grösseren Zahl von Juristen bestritten. Dass die Bezeichnung »Voraussetzung«

---

[1]) Vgl. z. B. seine Pandekten §. 98 Note 5.

mehr umfasst, als jene Fälle, für welche Windscheid sie als unentwickelte Bedingung behandelt wissen will [1]), ist kein Grund, den Inhalt seiner Lehre zu verwerfen. In der That hat schon Bekker [2]) in erfreulicher Weise die »Voraussetzung« einerseits zur Begriffsentwicklung der Bedingung und mehrerer Hauptgeschäfte und typischer Nebengeschäfte und anderer Bestimmungen benutzt [3]), andererseits der Voraussetzung im technischen Sinne [4]) eine lehrreiche Untersuchung gewidmet, die diesen Begriff [5]) klärt und vertieft und eine Reihe von Beispielen aufgenommen hat, die nicht nur zu Condictionen, sondern ebenso auch zur Clausellehre passen [6]).

---

[1]) Vgl. z. B. Witte, Die Bereicherungsklagen (1859) S. 65, und neuestens Pfersche, Die Irrthumslehre des östr. R. 1891, S. 223 ff.

[2]) Pand. II. §. 115, 119.

[3]) §. 115: »Zuwendungen und andere geschäftliche Veräusserungen werden selten ihrer selbst wegen gewollt, häufig wegen eines mit denselben zu erreichenden ferneren Zweckes. Die Erreichung des Zweckes hängt niemals von dem Wollen der Handelnden allein ab, ausnahmslos auch von anderen Dingen, die ‚Umstände‘, und soweit sie von den Handelnden erkannt und bedacht worden, ‚Voraussetzungen‘ des angestrebten Erfolgs heissen mögen ...« Noch allgemeiner heisst es §. 80: »Die Thatbestandsstücke sind entweder Vorgänge ... oder sog. Voraussetzungen dieser Vorgänge, Dinge, durch die und an denen die Vorgänge sich vollziehen.«

[4]) Dass dies eine engere Bedeutung ist, als die am Ende der vorigen Note genannte, wird §. 119 Note a ausdrücklich gesagt.

[5]) »Voraussetzungen eines geschäftlichen Willens heissen wir dasjenige Denken und Meinen des Wollenden bezüglich auf das, was ist und das, was geschehen ist (‚Annehmen‘), sowie auf das, was geschehen wird (‚Erwarten‘), ohne welches er diesen Willen nicht gefasst haben würde. Also ergibt die falsche Voraussetzung auch einen gefälschten Willen.« Das »Annehmen« fasst zusammen, was Windscheid das »als seiend oder gewesen seiend«, das »Erwarten«, was er als das »sein werdend« Vorausgesetzte bezeichnet. Der Gegensatz des »wirklichen« und »eigentlichen« Willens, wie ihn Windscheid aufstellen zu müssen glaubte, kann bei Bekker's Fassung fallen gelassen werden.

[6]) So (S. 369 ff.) die Voraussetzungen betreffend die Vermögenslage, die ökonomische Tüchtigkeit und Creditwürdigkeit des Anderen, die Eigenschaften der Objecte der zu machenden oder zu empfangenden Leistungen, was sonst den Entschluss zu einem Rechtsgeschäft zu bestimmen vermag, Erwartungen beliebiger anderer zukünftiger Ereignisse u. s. w.

Hienach scheint mir das erste Ergebniss zu sein, dass die Clausellehre sich unter die von der Voraussetzung subsumiren lässt und dass sie der Zeit nach die früheste Gestaltung derselben gewesen ist.

Das zweite Ergebniss knüpft an das oben S. 276, Note 1 Gesagte an; sie lässt sich, wieder Bekker's Worte [1]) benutzend, dahin fassen: »Dass unter Umständen auch nicht ausdrücklich erklärte Voraussetzungen wirken können, unterliegt keinem Zweifel, wenn der andere Theil diese gekannt, und beide Theile über die Wirksamkeit derselben einverstanden gewesen; eventuell auch wenn der andere Theil sie hätte kennen müssen; hier wird die Interpretationsfrage entscheidend.« Die Auslegungsregeln, die die Gesetzgebung aufstellt, können die Berücksichtigung der stillschweigenden Clausel erschweren oder erleichtern. Sie wird nicht unmöglich durch eine Regel, wie die des §. 157 des B.G.B. für das Deutsche Reich [2]): »Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«, sie wird aber besonders nahe gelegt durch die Auslegungsregel, wie sie der Entwurf eines B.G.B.'s für das Königreich Baiern [3]) I. Art. 75 aufstellte: »Führt die Worterklärung zu keinem unzweifelhaften Ergebnisse, so ist der Sinn anzunehmen, welcher der nachweislichen Absicht der Abschliessenden — bei zweiseitigen Geschäften der nachweislichen gemeinschaftlichen Willensmeinung beider Theile — am meisten entspricht. Es ist hiebei auf die Natur und den Zweck des Geschäftes, sowie auf die begleitenden Umstände Rücksicht zu nehmen« [4]). Da nach Art. 79 ebenda die aufgestellten Aus-

---

[1]) II, S. 372 Note u.

[2]) Dazu vgl. die S. 271, Note 2 angeführte Abh. v. Danz.

[3]) Theil I. Hauptst. . . . Von den Rechtsgeschäften. Theil II. Recht der Schuldverhältnisse. München 1861. Dazu Motive zum Entw. . . . München 1861. III. Theil. Besitz und Rechte an Sachen, nebst Motiven. 1864.

[4]) Dazu Mot. S. 34: Es ist »auch dasjenige in das Auge zu fassen, was nach Vernunft und Recht als sich von selbst verstehend vor-

legungsregeln, soweit sie nicht gebrauchte Worte voraussetzen, auch auf Willenserklärungen durch concludente Handlungen Anwendung zu finden haben, so könnte kraft dieser Regel eine abgegebene Willenserklärung sehr erheblich eingeschränkt, also auch der Wille bei wesentlich geänderter Sachlage als für diesen Fall nicht gesetzt behandelt werden, auch wo dies nicht besonders vorbehalten wäre.

Das dritte und wichtigste Ergebniss endlich ist in dem neuen Licht zu finden, das die Entwicklung der Clausellehre auf moderne Gesetzgebungen wirft. Damit gelangen wir zu dem zweiten Theile unserer Aufgabe.

II. Die Bedeutung der Lehre von der Clausel für die österreichische Gesetzgebung.

§. 12. Dass die Lehre von der Clausel von Einfluss geworden ist auf das bairische Landrecht und das österreichische B.G.B., ganz besonders aber auf das preussische A.L.R., braucht nicht bewiesen zu werden, da sie während des grössten Theiles der Codificationszeit noch hohes Ansehen genoss. Auch der Umfang, in dem sie recipirt ist, ist für das bairische und preussische Recht unschwer festzustellen. Der Codex Maximilianeus und Kreittmayr's[1]) Anmerkungen reden sehr deutlich, und im A.L.R. tritt die Clausellehre in einer Geschlossenheit auf, die nur selten einen Zweifel darüber aufkommen lässt, ob in den Einzelentscheidungen Anwendungsfälle der Clausel zu erblicken seien oder nicht, und auch diese Zweifel finden ihre Lösung in der Regel aus den Gesetzesmaterialien. Anders steht es schon um das österreichische

---

ausgesetzt wurde«. Vgl. damit die Aeusserung Seuffert's oben S. 276 Note 1.

[1]) W. X. A. Freyherr von Kreittmayr auf Offenstetten, Anmerkungen über den Cod. Max. bav. civ. Neue, unveränderte Auflage. München 1841.

G.B. Von diesem wird allenthalben[1]) gelehrt, dass es nur für Vorverträge die (in ihm näher bezeichneten) veränderten Umstände als bedeutsam erkläre, — eine Lehre, die aus vielen Gründen von vornherein sehr wenig Wahrscheinlichkeit für sich hat. Und wieder anders ist es mit späteren Gesetzgebungsarbeiten, dem sächsischen und deutschen B.G.B., den schweizerischen Gesetzbüchern, dem hessischen und bairischen Entwurf, dem deutschen Entwurf eines Gesetzes über Schuldverhältnisse u. s. w., die sammt und sonders in einer Zeit entstanden sind, da die Herrschaft der Clausellehre bereits gebrochen war. In keiner dieser Arbeiten fehlt es an Sätzen, die — bewusst oder unbewusst — der Lehre von der Clausel oder der von der Voraussetzung entstammen könnten und deren Zusammenstellung und Vergleichung gewiss nicht ohne Interesse wäre. Sie wäre aber auch mit namhaften Schwierigkeiten verbunden. Ist es selbst bei den älteren Codificationen nicht immer leicht, die Grenze zwischen dem, was unter die Clausellehre fällt, und dem, was ihr fremd ist, zu ziehen[2]),

---

[1]) So z. B. Förster-Eccius §. 87, Note 5; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehren . . . Berlin 1897, S. 92; Stubenrauch, Commentar (6. Auflage von v. Schuster-Bonnott und K. Schreiber) II. S. 123; Hasenöhrl, Das österr. Obl.R. (2. Aufl.) I. S. 671. Die beiden Letztgenannten sagen zwar nicht, dass die Clausel nur bei Vorverträgen stillschweigend anzunehmen sei, da sie aber nur bei den Vorverträgen von der Clausel handeln, so dürfen sie ohne Weiteres hier angeführt werden.

[2]) Kommt nur das Vertragsrecht in Betracht oder mehr? Wenn nur das Vertragsrecht, nur das Obligationenrecht oder mehr? Nur unerfüllte oder auch erfüllte Verträge? Kommt es nur auf eine spätere Veränderung der Umstände an, oder genügt es, dass der Handelnde später erfährt, die massgebenden Umstände seien schon zur Zeit der Abgabe seiner Erklärung andere als die von ihm vorausgesetzten gewesen? Wie weit sind die einschlagenden Sätze bewusste Ausflüsse der Clauseltheorie, wie weit von ihr unabhängig? Alle diese Fragen müssten eine Antwort finden, um die Grenze scharf ziehen zu können; sie sind aber nicht immer sicher zu lösen, weil nicht immer mit Bestimmtheit entschieden werden kann, welcher Theorie die Verfasser des betreffenden G.B. folgten. Nicht einmal das versteht sich von selbst, dass jene Geschäfte ganz ausser Betracht zu bleiben haben, von denen nach freier

so ist es bei den neueren, die viel mehr im Tone des Gesetzgebers sprechen und Motive in den Gesetzestext nur äusserst selten einmengen, noch weitaus schwieriger.

Meine Absicht ist hier nur auf eine genauere Untersuchung der österreichischen Gesetzgebungsarbeiten gerichtet. Soll sie aber mit Aussicht auf Erfolg unternommen werden, so muss ihr doch eine kurze Untersuchung der bairischen und preussischen Gesetzgebung vorausgehen, und es wird sich empfehlen, bei einigen Punkten auch an späteren Gesetzgebungsarbeiten nicht vorüberzugehen [1]).

§. 13. Das bairische Landrecht vom Jahre 1756 »fällt im Hauptwerk der Meynung Leyseri hierunter bei« [2]). Der Codex bestimmt IV. c. 15 §. 12 (»Von der Sache Untergang oder Mutation« in der Lehre von den modis tollendi obligationem): »Da . . . 3^{io} alle [3]) Verbindungen die Clausulam Rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so werden solche auch durch die Veränderung der in die Obligation gebrachten Sache, jedoch andergestalt nicht, als unter folgenden drei Requisiten aufgehoben: wenn nämlich 1. sothane Veränderung weder Mora noch Culpa aut Facto Debitoris veranlasst worden, selbe auch 2. nicht leicht vorauszusehen gewesen und endlich 3. von solcher Beschaffenheit ist, dass, wenn der Debitor solche voraus gewusst hätte, er sich nach unpartheyischem und redlichem Gutachten verständiger Leute

---

Willkür abgegangen werden kann; und selbst die Beendigung eines Geschäftsverhältnisses durch den Tod einer Partei kann unter den Gesichtspunkt des Wirksamgewordenseins der Clausel gerückt sein.

[1]) Ueber den Raum, den die Clausel im B.G.B. für das Deutsche Reich einnimmt, vgl. vorzüglich Stammler a. a. O. S. 88 ff.

[2]) Kreittmayr IV. S. 727.

[3]) Damit folgt der Codex eben auch dem Vorgang Leyser's, andere Stellen zeigen aber, dass dieses »alle« nicht buchstäblich zu nehmen ist. Vgl. z. B. IV. c. 2 §. 9 Nr. 8 (Sequestration, dazu Kreittmayr IV. S. 148), IV. c. 3, §. 23 Nr. 8 (später sich ergebende ädilitische Mängel), IV. c. 4 §. 4 (Glücksverträge), IV. c. 3 §. 11 ff., 19 ff. (commodum und periculum und laesio enormis).

nimmermehr hierauf eingelassen haben würde, in welchen Umständen gleichwohl noch zur rechtlichen Ermässigung stehet, ob die Obligation völlig aufgehoben oder nur nach Proportion der Veränderung gemässigt werden solle« [1]).

Nicht sehr zahlreich sind die Fälle, in denen von dieser Regel auf einzelne Contracte Anwendung gemacht wird. Gewiss gehört dahin IV. c. 2 §. 5 Nr. 5 (Recht des Commodanten, die Sache, die ihm erweislichermassen unentbehrlich ist, vor der Zeit zurückzufordern, »inmassen dieser unversehene Vorfall ohnehin allezeit stillschweigend im Contracte ausgenommen bleibt« [2]), schwerlich IV. c. 8 §. 13 Nr. 5 (Kündigungsrecht des Socius aus erheblichen Gründen, z. B. weil sein Gesellschafter »dem Contract nicht nachkommt, mit dem gemeinsamen Gut übel schaltet und waltet, unnöthigen Zank anfängt u. dgl.«), denn hier fehlt das Requisit 1 der Regel; wohl aber IV. c. 14 §. 9 Nr. 3 (Recht des Geldschuldners zu verfrühter Zahlung, z. B. wegen bevorstehender Münzdevalvation [3]), dagegen wieder nicht IV. c. 10 §. 17 Nr. 1 (Recht des Bürgen auf vorzeitige Befreiung gegen den Hauptschuldner zu klagen), denn der Fall steht eher unter dem Gesichtspunkt einer Art des Regresses gegen den Hauptschuldner, als unter dem des Rücktritts von der Bürgschaft [4]). Gewiss fällt nicht unter die Regel I. c. 6 §. 39 Nr. 5, 6 (Rücktrittsrecht vom

---

[1]) Kreittmayr, S. 726 führt als Quellenbeleg die L. 38 pr. de sol. an. Eine Anwendung der im Codex offenbar nur für Verträge des Obligationenrechts aufgestellten Regel in negotiis et conventionibus publicis hält er nur cum grano salis für zulässig.

[2]) Denn »da trifft das Sprichwort: Hemd ist näher als Rock allerdings ein«. Kreittmayr, IV. S. 125.

[3]) »Oder wenn das anticipirte Gut dem Verderben ausgesetzt würde u. dgl.« Kreittmayr, IV. S. 671.

[4]) Zweifelhaft kann die Frage auf den ersten Blick nur dadurch werden, dass die Bemerkung Kreittmayr's S. 577, es sei supponirt, »dass es mit der Wirthschaft und dem Vermögen des debitor principalis erst post fidejussionem Berg ab gegangen sei«, wie eine Anspielung auf die allgemeine Regel von der Clausel klingt.

Verlöbniss); auch hier wird fast immer das Requisit 1 der Regel fehlen »und ist einerley, ob sich dergleichen Umstände erst nach der Eheverlobnuss erst neuerlich ergeben oder aber schon damalen existirt haben, wenn sie nur letzterenfalls dem anderen Theile nicht bekannt gewesen sind« [1]). Auch wird hier nicht schlechtweg die »Verbindung aufgehoben«, sondern es ist nur der Unschuldige nicht mehr daran gebunden [2]). Wohl aber dürfte unter die Regel fallen IV. c. 15 §. 10 Nr. 4 und 5 (Strengste Auslegung des Verzichtes und Unzulässigkeit der Ausdehnung »eines Generalverzicht auf das, was allem Ansehen nach nicht gedacht worden«) [3]).

Auch III. c. 8 §. 16 und IV. c. 6 §. 17, 18 dürften nicht als Ausflüsse der Regel, sondern als selbständige Specialbestimmungen anzusehen sein; die erstgenannte Stelle betrifft den Widerruf von Schenkungen wegen nachgeborener Kinder; weder die Voraussetzungen noch die Wirkungen dieses Widerrufsrechtes stimmen aber überein mit der allgemeinen Regel [4]).

---

[1]) Kreittmayr I. S. 336.

[2]) Wohl aber der Schuldige. »Anerwogen sonst wohl nichts Leichteres wäre, als sich auf solche Weise loszumachen.« Kreittmayr I. S. 335.

[3]) Denn (Nr. 12 ebenda) mit pactis renunciationis hat es im Uebrigen die nämliche Bewandtniss, wie mit anderen Conventionen überhaupt. Dazu Kreittmayr IV. S. 720: »Der generale Verzicht geht nicht auf das, was . . . so beschaffen ist, dass man verisimiliter nicht hieran gedacht hat.«

[4]) Die Regel des Codex betrifft noch nicht vollzogene Verträge, hier aber kommen auch erfüllte Schenkungen in Betracht; die ratio liegt nicht nur in praesumta parentum voluntate, sondern auch im favor liberorum (Kreittmayr III. S. 734); der Schenker erhält das Vindicationsrecht gegen den Beschenkten, seine Erben und selbst gegen den dritter Inhaber (Kreittmayr S. 735); aber der Widerruf findet nur statt bei grossen Schenkungen, auch nicht bei renumeratorischen oder anderen impropriis (Kreittmayr a. a. O.) und nur zu Gunsten der ehelichen oder per subsequens matrimonium legitimirten Kinder u. s. w. — Der bair. Entw. v. 1861, I. Art. 107 ff. beschränkt den Widerruf der Schenkung in ungewöhnlichem Mass; der Widerruf wegen nachgeborener Kinder ist ganz fallen gelassen, »weil er das Princip der Heiligkeit geschlossener Verträge tief verletzt und in vielen Fällen eine nicht zu rechtfertigende Härte gegen den Beschenkten mit sich führt« (Motive S. 44), der Widerruf wegen Undank beruht offensicht-

Die zweite Stelle enthält die Fälle der »ausserordentlichen Aufkündigung« des locator und conductor, zu denen auch die successio singularis (Kauf bricht Miethe) gerechnet wird. Insoferne die letztere jedenfalls auf ein Factum des Vermiethers zurückzuführen ist, und ferner das Rücktrittsrecht des Miethers ihm auch für den Fall eingeräumt ist, wenn er durch den Miether »in dem Gebrauch der Sache merklich gehemmt wird«, passt der Fall nicht unter die allgemeine Regel des Codex, wie denn auch die Anzeigepflicht des Miethers bei nicht vom Vermiether herrührenden Hindernissen des Gebrauchs und deren Sanction aus der Regel nicht wohl abzuleiten sind. Doch würden die meisten Bestimmungen des Falles [1]), auch die, dass der Miether »nach vollendetem Baue oder Besserung wiederum zur Sache stehen« kann, sich aus der Fassung der Regel im Codex immerhin ableiten lassen [2]) [3]).

lich auf dem Gesichtspunkt der vindicta (vgl. auch Mot. S. 46), der Widerruf wegen Nichterfüllung des modus ist darauf zurückgeführt, dass der Beschenkte sich »eines Vertragsbruchs schuldig« gemacht habe (Mot. S. 45), er ist also unter die Regel über die auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Verträge gerückt. Auch wegen eigener Verarmung hat der Schenker kein Widerrufsrecht, wohl aber haben die ihm gegenüber Alimentationsberechtigten (und insofern auch nachgeborene Kinder) ein solches auf Ergänzung des Unterhalts, das aber hier ohne Interesse ist.

[1]) Auch die Gespensterfurcht, wenn sie »nicht in eitler Einbildung besteht, sondern durch die eidliche oder andere glaubwürdige Erfahrung sattsam befestigt ist«, kehrt hier als Motiv vorzeitiger Aufkündigung wieder. Vgl. aus viel späterer Zeit Lang, der Entw. eines B.G.B. f. d. Königr. Bayern. II. Heft (München 1862), S. 179: ». . . es handelt sich hier nicht um Möglichkeit oder Unmöglichkeit von Gespenstererscheinungen. Der Richter wird vielmehr die Facta erwägen müssen; sind sie so beschaffen, dass an ihrem juristischen Beweis nichts auszusetzen ist, so wird der Richter allerdings für den Miether sprechen, auch wenn er selbst nicht an Gespenster glaubt.«

[2]) Bei der Frage der vorzeitigen Aufhebung des Bestandvertrages betont der baierische E. sehr entschieden den Gedanken der Clausel; so in dem (in vielen anderen Artt. für die in ihnen bezeichneten Fälle gleichfalls anwendbaren) Art. 410 (II. Theiles): ». . . er kann auch den Vertrag aufheben, wenn die Fehler von der Art sind, dass er den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, wenn er dieselben gekannt hätte.« Dazu Motive S. 150: »Der Zweck des Vertrages ist für den Miether vereitelt . . .« S. 154:

§. 14. Das »Project des Corporis Juris Fridericiani ...« [1]) spricht nicht von der Clausel rebus sic stantibus, schon weil es nicht bis zum Obligationenrecht gediehen ist. Doch enthält es (in p. I. lib. II. tit. 2 §. 39) in 13 Punkten sehr ausführliche Bestimmungen über die Gründe der Aufhebung rechtmässiger Verlöbnisse, von denen viele so geartet sind, dass sie unbedenklich in die Lehre von der Clausel hineinpassen würden. Ohne Zweifel haben die späteren preussischen Gesetzgebungsarbeiten auch diese Bearbeitung benutzt, doch sind die Gründe schon im Entwurf eines allgemeinen G.B. kürzer zusammengefasst. Gedacht sind sie aber im Sinne einer Doctrin, die uns schon früher begegnet ist, nicht als Anwendungsfälle der Clausel, und das hatte immerhin auch eine practische Bedeutung: Während so Manche die Fälle, die unter die Clausel gezogen wurden, nur als Aufhebungsgründe von Obligationen wegen später veränderter Umstände auffassten, konnten die »rechtlichen« oder »erheblichen« Gründe für den Rücktritt vom Verlöbniss (wie im bair. Landrecht oben S. 301 bei Note 1,) auch solche sein, die schon vor dem Verlöbniss dagewesen waren, und nur erst später bekannt wurden [2]).

»Er hätte nicht gemiethet, wenn er jene Umstände hätte voraussehen können.« Dasselbe klingt durch bei der remissio mercedis, II. Art. 474: »Der Unglücksfall ist ein ausserordentlicher, wenn er von dem Pachter bei Abschluss des Pachtvertrages ... füglich nicht vorauszusehen war«.

[3]) Das Privationsrecht des Obereigenthümers gegenüber dem Grundhold (»Erbrechter«) nach IV. c. 7, §. 8, Nr. 3 und §. 10, Nr. 2 hat schon darum keinen Zusammenhang mit der tacita clausula, weil es als Verwirkung, als Verfallen in poenam caducitatis gedacht ist. Kreittmayr IV. S. 402, 412.

[1]) Halle 1749 ff. Es erschien davon der erste, das Personenrecht in 3 Büchern, und der zweite, die dinglichen Rechte in 8 Büchern behandelnde Theil. Das Obligationenrecht, welches mit dem Strafrecht den dritten Theil bilden sollte, erschien nicht. Das Werk sollte im Wesentlichen nur das geltende Römische Recht und die Landesrechte, wenn auch mit »äusserer Verbrämung im Geiste und Geschmacke der naturrechtlichen Schule« verarbeiten, nicht neues Recht einführen. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen. II. (1864), S. 451 f.; Dernburg, Preuss. Priv.R. 2. Aufl., I. (1879) Nr. 8.

[2]) So a. a. O. Punkt IV, Abs. 2. V. VI. VII. X.

In dem Allg. Landrecht »brach sich vielen Orts eine aus dem eigenen Sinn des deutschen Volkes entspringende und den modernen Bedürfnissen entsprechende neue Rechtsbildung Bahn. Nicht als ob die Verfasser des Landrechts durchaus Neues erfunden hätten«; aber sie wussten »in naiver Weise aus den fremden Rechten . . . (das) was den heimischen Anschauungen entspricht« zu entnehmen. »So lässt sich fast jede Veränderung, die sie trafen, aus früheren Behauptungen herleiten und belegen, und doch entstand auf solche Weise ein neues volksthümlicheres Ganze« [1]).

Die erste Auflage von Weber's Schrift über die natürliche Verbindlichkeit erschien in demselben Jahre (1784), in dem der erste Theil des »Entwurfes eines allg. G.B. für den preussischen Staat« veröffentlicht wurde [2]). In diesem Entwurf (II/1. Tit. 2: Von Verträgen. §. 267 ff.) war die Clausellehre noch in nachstehender Fassung aufgenommen: »Wegen veränderter Umstände kann nur vor gänzlicher Erfüllung des Vertrages auf dessen Wiederaufhebung angetragen werden. Aber auch alsdann findet ein solcher Antrag nur in so weit statt, als die Umstände dergestalt verändert worden, dass der Hauptzweck des Vertrages nicht ferner erreicht werden kann.« Abgesehen von der unter Umständen eintretenden Entschädigungspflicht des Zurücktretenden war dieses weitgreifende Rücktrittsrecht nur durch die Vorschrift des §. 274 gemässigt, wonach »Veränderungen, die vermöge der Natur der Sache von selbst entstehen«, kein Recht zur Aufhebung des Vertrages geben sollten. Den eifrigsten Anhängern der Clausel ging aber selbst dieses Rücktrittsrecht noch nicht weit genug. In seinen Preisschriften [3])

---

[1]) Dernburg, S. 12.

[2]) Er erschien Berlin und Leipzig 1784—88, die hier besonders wichtige erste Abtheilung des II. Theils 1787.

[3]) Sie sind später mit Veränderungen und Erweiterungen veröffentlicht: Chr. Ulr. Detlev von Eggers . . . Bemerkungen zur Verbesserung der deutschen

verlangte Eggers die Zulassung der Clausel in mehreren Fällen, wo sie im Entwurf nicht vorgesehen war [1]). Umgekehrt wurde, da ja längst geltend gemacht war, dass die Clausel der Rechtssicherheit gefährlich sei [2]), ihr Anwendungsgebiet eingeschränkt; der Oberappellationssenat wollte sogar die ganze Lehre von der Clausel weglassen. Suarez äusserte sich bei der revisio monitorum principiell zu Gunsten der Clausel, stimmte aber einigen Einschränkungen zu: »an und für sich habe dieselbe in der Natur der Sache ihren vollkommenen Grund« und hebe schwere Unbilligkeiten auf. Dass diese Lehre mit der von der Unmöglichkeit der Erfüllung coincidire, sei offenbar unrichtig. Wegen des sonst möglichen

Gesetzgebung. Ein freier Auszug aus seinen Preisschriften. 2 Bände. Kopenhagen 1798.

[1]) Die hier gemeinten Aeusserungen stehen II. S. 40, 41, 144. War die Erfüllungszeit der Willkür des Schuldners überlassen, so sollte nach dem Entwurf erst nach dessen Tode geklagt werden können; war sie bestimmt, so sollte diese Erfüllungszeit massgebend sein (Entw. tit. cit. §. 167, 168); Eggers verlangte auch hier die Zulassung der stillschweigenden Clausel; es sollte »wegen veränderter Umstände auf Erfüllung früher und so bald geklagt werden dürfen, als aus einem längeren Aufschub einige Gefahr für einen Contrahenten zu besorgen wäre«. War eine Conventionalstrafe vereinbart, so liess der Entw. (§. 212) die Einforderung eines höheren Interesses nicht zu; Eggers forderte, wieder wegen der Clausellehre, eine Ausnahme für den Fall, »wenn sich das Verhältniss der Strafe zu dem Interesse durch unvorhergesehene Ereignisse beträchtlich geändert hätte«, was bei Münzveränderungen und plötzlichen Preisschwankungen leicht der Fall sein könne. Der Entw. (II./2. Tit. 8, Abschn. 1, §. 40) liess den Kauf als nicht geschlossen gelten, wenn ein Theil der Substanz der verkauften Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses verloren gegangen und dies beiden Theilen unbekannt war. Eggers wollte die gleiche Behandlung auch eintreten lassen, wenn ohne Vorwissen der Contrahenten bei der verkauften Sache »irgend eine wesentliche Einrichtung verändert sein sollte, z. B. wenn eine Papiermühle die bisherige Gelegenheit, Lumpen zu erhalten, verloren hat«.

[2]) Auch die Späteren pflegen dieses Argument zu betonen. Besonders scharf E. F. Klein, System des preuss. Civ.R ... neu bearbeitet von F. v. Rönne und L. v. Rönne. 2. Aufl. Halle 1835 f., wo (§. 126, Note 1, S. 156) die ältere Lehre »eine ganz willkürliche Abstraction« genannt wird, »durch deren Anordnung fast das ganze Obligationenrecht umgestossen werden würde«.

Missbrauchs empfehle sich aber, dass »nur eine solche Veränderung der Umstände in Betracht kommen könne, welche a) nach abgeschlossenem Contract, b) vor dessen Erfüllung von beiden Seiten, c) dergestalt, dass solche tempore initi contractus nicht vorauszusehen war, sich ereignet hat« . . . [1]).

So ist denn Weber's Lehre (mit einigen Einschränkungen) in das A.L.R. übergegangen. In dem Titel: »Von Verträgen« (I. 5, §. 377 ff.) werden die allgemeinen von der Clausel geltenden Grundsätze als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel behandelt, dass wegen veränderter Umstände die Erfüllung eines Vertrages nicht verweigert werden dürfe. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die einzelnen Verhältnisse, wobei es an näheren Bestimmungen, Ueberschreitungen [2]) und

---

[1]) Bornemann, Syst. Darst. des preuss. Civ.R. . . . II. Berlin 1834. S. 630 ff. (§. 197). Vgl. auch Koch, Recht der Forderungen . . . 2. Aufl. Berlin 1859. II. S. 506 (§. 137).

[2]) A.L.R. I. 5, §. 378 (s. sofort im Text) spricht nur von Verträgen. Mehrere Sätze des L.R. gehen aber über dieses Gebiet hinaus. So I. 12, §. 538: Ist den eingesetzten, zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlosen Kindern des Testators substituirt, so erlischt die Substitution, wenn das eingesetzte Kind erbfähige Nachkommen erhalten und hinterlassen hat; I. 17, §. 80 (und II. 18, §. 416): Hat ein Dritter die Fortsetzung einer Gemeinschaft rechtsgiltig angeordnet, so kann sie doch in jenen Fällen aufgelöst werden, »wo ein giltiger Vertrag . . . wegen veränderter Umstände aufgehoben werden kann«. II. 1, §. 489: Das wechselseitige Testament von Ehegatten verliert durch die Ehescheidung von selbst seine Giltigkeit. II. 2, §. 454: Wird dem Testator nach errichtetem Testament ein zur unmittelbaren Erbfolge berechtigter Descendent geboren und stirbt der Testator nach Ablauf eines Jahres, ohne in Ansehung dieses Kindes etwas verfügt zu haben, so verliert das Testament seine Kraft. II. 19, §. 41: Wird wegen veränderter Umstände die in der Stiftungsurkunde vorgeschriebene Verwendungsart unmöglich oder schädlich, so muss der Staat das Stiftungsvermögen zu einem anderen der wahrscheinlichen Absicht des Stifters möglichst entsprechenden Gebrauch widmen. (Der sehr ähnliche Rechtssatz im §. 87 B.G.B. f. d. Deutsche Reich ist wohl nicht als Ausfluss der Clausellehre gedacht.) — In anderen Fällen wird das Abgehen von einem Geschäfte gestattet, wo man durchaus nicht behaupten kann, dass durch die Veränderung der Umstände der Endzweck eines oder beider Theile »unmöglich gemacht« worden sei; eine »geschmälerte Sicherheit« (I. 11, §. 657) kann nach objectiver Betrachtung vielleicht noch immer

Einschränkungen [1]) derselben nicht fehlt, durchzieht das ganze Werk.

Die Grundregel (§. 378) lautet:

»Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene [2]) Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten

---

vollauf ausreichend sein; ein wohlhabender Mann, der wegen nachgeborener Kinder ein Schenkungsversprechen widerrufen kann (I. 11, §. 1140), braucht nicht auf dem Standpunkt zu stehen, der Zweck der Schenkung sei nun unmöglich geworden u. dgl. Die meisten der Gründe, die den Rücktritt von einem Verlöbniss rechtfertigen, zählen die preussischen Juristen nicht zu den clauselmässigen; aber auch unter denen, die sie unter die Clausel stellen, finden sich solche, von denen man — zum Theil schon nach ihrer gesetzlichen Formulirung — durchaus nicht sagen kann, dass sie den Endzweck unmöglich machen. Vgl. II. 1, §. 107—111.

[1]) Dahin gehört z. B. I. 11, §. 758: Der Darlehensschuldner kann dem Gläubiger eine verfrühte »Zahlung auch unter dem Vorwand veränderter Umstände nicht aufdringen« — eine ausdrückliche Ablehnung eines Antrages von Eggers (oben S. 305 Note 1); I. 11, §. 982: Der Lieferant muss erfüllen, »wenn auch die Lieferung durch nachher eingetretene Umstände erschwert wird«. I. 11, §. 1143 und 1149: Eine blosse Vermehrung der schon zur Zeit der Schenkung vorhandenen Kinder begründet kein Widerrufsrecht, und Schenkungen an Ascendenten können wegen nachgeborener Kinder überhaupt nicht widerrufen werden (beides Einschränkungen des §. 1140; dagegen entspricht §. 1141 der Regel, die er nur einschärft, und ebenso der übrige Inhalt des §. 1149, arg. §. 1145); I. 21, §. 379: Der entstehende Krieg ist für andere Personen, als jene, die ausmarschiren müssen, kein Grund, ihre Miethverträge zu lösen, — obwohl Umstände eintreten können, die da bewirken, dass der Krieg sie den Zweck des Vertrages nicht erreichen lässt; I. 21, §. 386: Veränderte Umstände in der Person des Vermiethers sind kein Grund verfrühter Aufkündigung; II. 1, §. 108: Religionswechsel berechtigt den Verlobten, der die Religion gewechselt hat, nicht zum Rücktritt (vgl. auch die folgende Note); II. 2, §. 485: Ein Kind, das mit seinen Eltern einen sein Erbrecht verkürzenden oder ausschliessenden Vertrag rechtsgiltig abgeschlossen hat, kann »denselben unter keinerlei Vorwande, auch nicht wegen veränderter Vermögensumstände der Eltern weiter anfechten«.

[2]) Eine durch freie Handlung der einen Partei herbeigeführte Veränderung erscheint nicht als eine unvorhergesehene. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preuss. Obertribunals auf dem Gebiete des Civ.R., Berlin 1884—95. I. S. 538, Note *: Der Käufer von Viehfutter hatte alsbald sein Gut sammt dem Vieh, für das das Futter bestimmt gewesen war, verkauft und setzte der Klage auf Zahlung des Preises die Einrede der veränderten Umstände entgegen, — natürlich ohne Erfolg.

oder aus der Natur des Geschäftes[1]) sich ergebenden Endzweckes beider Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgehen.« Dazu bestimmt §. 380, dass wenn der ebenso sich ergebende Zweck nur eines Theiles (den aber der andere gekannt haben muss) ganz vereitelt würde, dieser Theil (und zwar nur er) gleichfalls, doch unter Umständen nur gegen Entschädigung, zurücktreten kann[2]). Die drei von Suarez genannten Punkte sind in dieser Fassung aufgenommen, während zwei davon in der älteren noch fehlten; zugleich ist klar gesagt, aus welchen Medien der Zweck erhellen kann, während in der älteren Fassung darüber nichts gesagt war[3]);

---

[1]) Rehbein a. a. O.: Kläger verlangte die Aufhebung eines Kaufes von Mauersteinen, die er zu einem (dann nicht zu Stande gekommenen) Neubau gekauft hatte; er hatte diesen Zweck nicht erklärt, meinte aber, der Zweck sei selbstverständlich, da er nicht Händler mit Steinen sei. Die Klage wurde abgewiesen, da nichts dafür spreche, dass dieser Zweck, der sich aus der Natur des Geschäftes nicht ergebe, dem Verkäufer erkennbar gewesen sei.

[2]) Hier, wie im Falle der vorletzten Note, nimmt Förster-Eccius I. S. 528 an, man sage correcter, dass keine Aufhebung des Vertrages eintrete, da er sich in dem Entschädigungsanspruch als fortwirkend bethätige.

[3]) Ich halte es principiell für richtig, wenn Dernburg II. S. 237 f. die allgemeinen Vorschriften des A.L.R. über die Clausel nur da zur Anwendung gebracht wissen will, wo die erhellende Intention des Contrahenten eine Voraussetzung, nicht auch dann, wenn sie nur das Motiv der Eingehung des Geschäftes bildete. Hat ein Fabrikant sich verpflichtet, jährlich eine gewisse Quantität Kohle für seine Fabrik abzunehmen, so braucht er gewiss weitere Kohlenlieferungen nicht anzunehmen, sobald seine Fabrik eingegangen ist. Aber gegen die Entscheidung Dernburg's in dem zweiten von ihm angeführten Beispiel habe ich Bedenken: Wenn ein Hauseigenthümer einem längere Zeit kinderlosen Ehepaare eine Wohnung in der erklärten Intention vermiethet, ruhige Miether zu erhalten, so ist das wohl mehr als blosses Motiv; bekommt dieses Mietherpaar Zwillinge, die Schreihälse sind, so dürfte der Hausherr nach preuss. Recht den Miethvertrag wohl aufheben können. — Jedenfalls kommen in den einzelnen, unbestrittenermassen die Clausellehre anwendenden Rechtssätzen des A.L.R. Fälle vor, wo gar nicht die Rede davon sein kann, dass die Intention, das Geschäft nur für einen gewissen Fall zu schliessen, erkennbar hervorgetreten sein müsste (die Parteien haben an diese

dagegen war in der älteren Fassung präciser ausgesprochen, dass der Rücktritt »nur vor gänzlicher Erfüllung des Vertrages« zulässig sei; doch wird — wohl mit Grund — angenommen, dass die neue Fassung: »von dem noch nicht erfüllten Vertrage« den nämlichen Sinn habe, d. h. dass der Rücktritt zulässig sei, so lange das Geschäft nicht von beiden Seiten vollständig erfüllt ist; auch der Umstand also, dass der Eine die Leistung des Anderen empfangen hat, hebt sein Rücktrittsrecht nicht auf, da das Empfangen der Leistung ihn nicht stärker verbindet, als schon der Vertrag that. Dass er das, was er auf Abschlag geleistet hatte, zurückfordern dürfe, war von Koch [1]) mit der Begründung bestritten, dass die Aufgabe des Rücktrittsrechts nur die sei, ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien, diese aber hier ohnedies, soweit die Abschlagszahlung reiche, erloschen sei. Die Praxis hat sich aber gegen diese Auffassung entschieden [2]).

Ueber die Entschädigungsfrage vgl. I. 5, §. 379 ff.

Manche preussische Juristen stellen Listen jener Gesetzesstellen zusammen, welche die Anordnungsfälle und die Modificationen der bisher besprochenen allgemeinen Regeln ent-

---

Eventualität nicht gedacht, vielleicht gar nicht an sie zu denken Veranlassung gehabt), diese Intention sich auch gar nicht von selbst versteht, und wo gleichwohl, sobald der vom Gesetz bezeichnete Umstand eintritt, das Abgehen von dem Vertrag zulässig ist; so z. B. A.L.R. I. 11, §. 178.

[1]) A. a. O. S. 508.

[2]) Dernburg, II. S. 237. Vgl. auch den neueren Fall bei Rehbein a. a. O.: A. hatte dem Kläger ein Restaurationslocal vermiethet und das zum Betrieb erforderliche Inventar verkauft; er hatte eine Anzahlung erhalten, der Rest des Kaufpreises sollte in Raten bezahlt werden. Als dem Kläger die Concession versagt wurde, forderte er die Anzahlung zurück; der Klage wurde stattgegeben, da der »nicht erfüllte Vertrag« der noch nicht vollständig von beiden Seiten erfüllte Vertrag ist. — Rücksichtlich der Frage, in welchem Zeitpunkt die Umstände verändert sein müssen, damit die Veränderung das Rücktrittsrecht begründe, geht die Praxis dahin, es dürfe kein späterer Zeitpunkt sein, als der, in welchem der Vertrag zu erfüllen war. Rehbein, I. S. 274, Note **, S. 537 ff.

halten. Doch stimmen diese Listen unter einander nicht vollständig überein [1]). Folgende Fälle sind hervorzuheben:

I. 11, §. 178: Wenn zwischen Kaufabschluss und Uebergabe dem verkauften Grundstück neue öffentliche fortwährende Lasten oder Abgaben aufgelegt werden, so kann der Käufer von dem Vertrage abgehen [2]); thut er es nicht, so muss er sie tragen: §. 179.

I. 11, §. 654 ff.: Gegen die Klage auf Erfüllung eines Darlehensversprechens (bezw. Schadenersatz wegen nicht erfüllten Versprechens) schützt sich der Versprechende hauptsächlich mit dem Einwande der veränderten Umstände, wohin es besonders gehört, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder den Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgegangen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird [3]).

---

[1]) Vgl. z. B. Bornemann, V. Rechtsgeschäften ... S. 202; Heydemann, Syst. des preuss. Civ.R. im Grundrisse (Berlin 1851), S. 32; Förster-Eccius I. S. 527, Note 8, der (S. 528) auch den concursus causarum lucrativarum zur Veränderung der Umstände stellt; Rehbein und Reincke, Allg. Landr. f. d. preuss. Staaten, 3. Aufl. (Berlin 1885), I. S. 212 zu I. 5, §. 377.

[2]) Das gleiche Recht gewährte das B.G.B. für den Kanton Aargau, §. 676 dem Käufer bei wesentlicher Beschädigung des Kaufgegenstandes.

[3]) An diese Bestimmungen lehnt sich an bair. Entw. Art. 621, Abs. 1 (Mot. S. 192: »Hier findet die clausula rebus sic stantibus ihre volle Berechtigung ...«), schweiz. Obl.R. Art. 332, Abs. 1, B.G.B. f. d. Deutsche Reich §. 610 (Mot. erster Lesung II. S. 314: »In der That widerstrebt es den im Verkehr vorherrschenden Auffassungen«, den Promittenten auch unter solchen Verhältnissen zur Erfüllung anzuhalten. »Im Allgemeinen ist die Annahme begründet, der Versprechende habe sich nur unter dem Vorbehalte verpflichtet dass eine solche Vermögensänderung nicht erfolgen werde« ... Vgl. Haidlen, Bürgerl. G.B. ... Stuttg. 1897. I. S. 674 f.); Bähr, Gegenentw. §. 442; weiter geht das schweiz. Obl.R. §. 332, Abs. 2 und der Entw. eines Reichsgesetzb. über das Privatrecht von * * * (Berlin 1896) Art. 443. Dagegen die deutschen Mot. I. Lesung a. a. O. — Dernburg, II. §. 179, S. 477 wendet die cit. Bestimmung des A.L.R. auch auf den Fall an, wenn Jemand sich verpflichtet hat, für eine gewisse Zeit und bis zu einem gewissen Betrage als Bankier oder gleich einem solchen zu creditiren, wofern dann wesentliche Veränderungen in den Verhältnissen des Creditnehmers eintreten.

I. 11, §. 759, 760: Der Darlehensgläubiger kann vor Ablauf der verabredeten Rückzahlungszeit auf Zahlung oder Sicherstellung antragen, »wenn der Schuldner anderer Schulden halber ausgepfändet oder in Verhaft genommen worden«, oder wenn er flüchtig geworden ist oder seinen Wohnsitz im Inland gänzlich aufgeben will.

I. 11, §. 984—986: Wird die besprochene Lieferung wegen veränderter Umstände zu dem Zweck, zu dem der Besteller sie bedungen hat, unnütz oder unbrauchbar, so kann er den Vertrag widerrufen, muss aber den Lieferanten für Anstalten, Bemühungen und Kosten entschädigen, und soweit letzterer die Sachen bereits angeschafft hatte, dieselben übernehmen oder sich deren öffentlichen Verkauf auf seine Kosten und Gefahr gefallen lassen [1]).

I. 11, §. 1005—1008: Der Schriftsteller kann von dem Verlagsvertrag zurücktreten, wenn Umstände oder Hindernisse ihn veranlassen, das dem Verleger versprochene Werk nicht herauszugeben, er muss aber dem Verleger für den Schaden aufkommen, den dieser aus den zum Abdruck getroffenen Anstalten leidet; wenn er innerhalb eines Jahres nach dem Rücktritt das Werk in einem anderen Verlage oder auf eigene Rechnung herausgibt, muss er dem früheren Verleger auch den entgangenen Gewinn ersetzen. — Will der Schriftsteller noch vor dem Druck den Umfang oder die Einrichtung des Werkes ändern, so kann der Verleger zurücktreten [2]).

I. 11, §. 1140 [3]): Ein Schenkungs*versprechen* kann widerrufen werden, wenn der Schenkende nachher (ein oder

---

[1]) Auch hier ist kein Rücktrittsrecht nach Willkür gegeben, wohl aber liegt eine singuläre Anwendung der Clausel vor. Vgl. über einzelne dabei in Betracht kommende Punkte *Rehbein* a. a. O. II. S. 60 f., Note.

[2]) Ganz anders bair. Entw. Art. 831, 855; vgl. Art. 843, 857 und Mot. S. 252.

[3]) Mit *Höpfner* §. 412, Nr. 3, S. 311 führen auch viele preuss. Juristen diesen Rechtssatz auf die Clausel zurück; a. M. z. B. *Förster-Eccius* II. S. 20 Note 101, S. 24 Note 124, *Dernburg* I. §. 100, S. 236.

mehrere: §. 1144) Kinder erhält oder die für verloren erachteten wieder findet. — In den nämlichen Fällen kann nach I. 11, §. 635, 636 auch der Käufer einer Leibrente von dem Vertrage zurücktreten, muss sich aber, was er an Leibrenten schon erhalten hat, auf sein Capital anrechnen lassen.

I. 14, §. 47—49: Wird der Verwahrer ausser Stand gesetzt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil ferner zu behalten, so kann er fordern, dass der Niederleger ihn davon befreie. Bei entgeltlicher Verwahrung ist »er nur wegen solcher veränderter Umstände, die zur Zeit des geschlossenen Vertrages vernünftigerweise nicht vorausgesehen werden konnten«, aufzukündigen berechtigt, und muss sich die dem Deponenten erwachsenden Kosten abrechnen lassen.

I. 14, §. 248: »Verändern sich . . . die Umstände des Bürgen zu offenbarer Gefährdung des Gläubigers, so kann letzterer auf bessere Sicherheitsbestellung antragen.«

I. 16, §. 31—33: Der Gläubiger darf dem Schuldner die Wahl, an ihn oder den solutionis causa adjectus zu zahlen, nicht ohne vollständige Entschädigung beschränken; »in eben den Fällen aber, wo wegen veränderten Umständen der Rücktritt von einem Vertrage überhaupt stattfindet, kann auch der Gläubiger diese dem Schuldner gestattete Wahl widerrufen.«

Wegen I. 17, §. 80 s. oben S. 306 Note 2.

I. 17, §. 270 ff.: Vorzeitiger Rücktritt vom Gesellschaftsvertrag findet statt, soweit dies überhaupt bei giltigen Verträgen zulässig ist, »ferner« wenn die Gesellschaft nicht anders als durch neue Beiträge fortgesetzt werden kann; auch ist Ausschliessung eines Mitgliedes zulässig wegen beharrlicher Nichterfüllung seiner Pflichten, betrüglichen Vorgehens gegen die Gesellschaft, wegen Prodigalitätserklärung oder weil es eines Verbrechens wegen bestraft worden ist.

I. 21, §. 235, 236: Der Commodant kann die Sache zurückfordern, wenn sie ihm wegen einer Veränderung in seinen eigenen Umständen, die er nicht voraussehen konnte, unentbehrlich wird, ohne dem Leiher für den daraus entspringenden Nachtheil haften zu müssen.

I. 21, §. 350 ff.: Miether und Pachter müssen sich vorzeitige Kündigung im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräusserung gefallen lassen [1]).

I. 21, §. 363—365: Der Miether muss sich zu vorzeitiger Räumung verstehen wegen eines nothwendigen Hausbaues, der sich mit der Fortbenutzung der Sache nicht verträgt [2]), doch unter Umständen nur gegen Schadloshaltung.

I. 21, §. 366 ff., 371 ff.: Nach dem Tode des Pachters können seine in den Vertrag nicht ausdrücklich einbezogenen Erben aus dem Pachtverhältniss ein Jahr nach seinem Tod bezw. ein Jahr nach Ablauf des Wirthschaftsjahres austreten; umgekehrt kann ihnen auch der Verpachter in gleicher Art kündigen. Die gleichen Rechtssätze gelten mit einer kürzeren Frist bei der Miethe [3]).

I. 21, §. 376, 377: »Wird der Miether durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen [4]) ausser Stand gesetzt, von der gemietheten unbeweglichen

---

1) Da sogar der Fall der freiwilligen Veräusserung in der älteren Clausellehre oft in diesem Zusammenhang angeführt ist, darf der Fall im Text wohl auch hier genannt werden; in den Listen der preuss. Juristen pflegt er nicht zu stehen.

2) Nicht auch, weil der Vermiether die Wohnung selbst braucht (I. 21, §. 386, oben S. 307 Note 1).

3) Sind diese Fristen verstrichen, so ist innerhalb der vereinbarten Bestandzeit die Kündigung nicht mehr zulässig. Vgl. den interessanten Rechtsfall bei Rehbein III. S. 890 ff., wo auch die Motive abgedruckt sind, die Suarez bei der Schlussrevision dafür vorbrachte, den Tod des Miethers oder Pachters als ein unter die Clausel rebus sic stantibus fallendes Ereigniss anzusehen.

4) Hauptfall ist die Versetzung eines Beamten, die aber nach der Praxis auch von ihm erbeten sein kann. Rehbein III. S. 896.



Sache ferner Gebrauch zu machen, so kann er gegen Vergütung einer halbjährigen Miethe« von dem Contract abgehen; er kann sich aber auch von dieser Leistung durch Stellung eines einwandfreien Untermiethers befreien.

I. 21, §. 378: Bei entstehendem Krieg [1]) sind die Personen, die mit den Truppen ins Feld rücken müssen, an ihre Miethcontracte nur bis zum Ende des Quartals gebunden, in dem der Ausmarsch erfolgte.

I. 21, §. 553 ff.: Auch der Pachter und Verpachter können, wofern für den Fall eines ausbrechenden Krieges nichts vereinbart ist, wenn die ganze Armee in Bewegung gesetzt wird, den Pachtvertrag kündigen . . . [2]).

I. 21, §. 383 ff.: Wird die gemiethete Sache ohne Schuld des Miethers zum Gebrauch untüchtig, so kann er vom Vertrag abgehen und hat unter Umständen auch Anspruch auf Schadloshaltung.

I. 21, §. 387, 477, 599, 600: In gewissen Fällen des Missbrauchs des Bestandobjectes kann der Miether oder Pachter entsetzt werden.

I. 21, §. 298 f., 391 ff.: Das Gleiche gilt im Falle des Rückstandes mit zwei Zinsterminen.

II. 1, §. 100—106 [3]): Als rechtliche Gründe für den Rücktritt vom Verlöbniss sind hier angeführt zunächst die Gründe, aus denen auch eine Ehe getrennt werden kann [4]), dann ver-

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit ausgebrochenem Krieg. Entscheidend ist der Ausmarsch zum Zwecke des Kriegs; ist der Vertrag auf dieser Grundlage gelöst, so lebt er darum nicht wieder auf, weil es nicht zum wirklichen Krieg kommt. Rehbein III. S. 897, Note.

[2]) Die im Text folgenden Allegate, betreffend die Endigung von Miethe und Pacht, pflegen die preussischen Juristen nicht in diesen Zusammenhang zu stellen.

[3]) Auch diese Fälle pflegen die preuss. Juristen nicht auf die Clausel zurückzuführen.

[4]) Doch können nicht alle diese Gründe (II. 1, §. 670 ff.) bei einem Verlöbniss eintreten; auch insofern unterläuft eine Ungenauigkeit, als einige Ehetrennungsgründe mit Gründen des Rücktritts vom Verlöbniss zusammenfallen, die weiterhin speciell als solche angeführt werden.

dächtiger Umgang, geringere Thätlichkeiten (die unter Eheleuten »gemeinen Standes« nicht Scheidungsgründe sind, §. 701 ebenda), schimpfliche oder verächtliche Begegnung, Fehler im moralischen Verhalten (nach §. 61—63 ebenda), mögen sie erst nach der Verlobung entstanden oder erst nach diesem Zeitpunkt dem anderen Verlobten bekannt worden sein; erst nach derselben entdeckte ekelhafte, ansteckende und alle unheilbaren Krankheiten, auffallende Hässlichkeit, Ekel oder Widerwillen erregende Gebrechen, welche vor der Verlobung verheimlicht worden waren, ein erst nach der Verlobung entdeckter Irrthum in Ansehung des Vermögens, wenn es den Verlobten in der Ehe am nöthigen Auskommen fehlen würde, und jeder auch nur in Ansehung des Vermögens von einem Verlobten oder dessen Eltern verübte Betrug.

II. 1, §. 107—111: »Veränderungen, welche nach der Verlobung in der Person oder in den persönlichen oder Vermögensumständen eines Verlobten sich ereignen, berechtigen denjenigen zum Rücktritte, welcher, wenn er den Fall hätte voraussehen können, das Ehegelöbniss wahrscheinlich nicht eingegangen sein würde«; ferner berechtigt eben dazu den einen die Religionsveränderung des anderen, und das Gleiche gilt, wenn ein Theil die im Eheverlöbniss oder Ehevertrag übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann; endlich können Eltern und Grosseltern die schon ertheilte Einwilligung zurücknehmen, wenn Umstände sich erst in der Folge ereignen, wegen deren sie nach den §§. 61—63 cit. die Einwilligung hätten verweigern können.

Wegen II. 2, §. 454; II. 18, §. 416 u. II. 19, §. 41 s. oben S. 306 Note 2; wegen II. 2, §. 485 oben S. 307 Note 1.

II. 5, §. 143, 146, 148: Wenn die Vermögensumstände der Herrschaft so in Abnahme gerathen, dass sie sich ohne Gesinde behelfen oder dessen Zahl einschränken muss, kann sie vorzeitig kündigen. Das Gleiche kann der Dienstbote thun, wenn er durch Heirath oder auf andere Art zur An-

stellung einer eigenen Wirthschaft vortheilhafte Gelegenheit erhält, die er durch die Ausdehnung der Miethzeit versäumen müsste, oder wenn seine Eltern wegen einer Veränderung ihrer Umstände ihn in ihrer Wirthschaft nicht entbehren können, oder wenn er in eigenen Angelegenheiten eine weite Reise zu unternehmen genöthigt ist. — Diese Vorschriften sind auch in die Gesindeordnung vom 8. November 1810, §. 144, 147, 149 aufgenommen[1])[2]).

Hienach ist wohl klar, dass die Clausellehre im A.L.R. planmässig durchgeführt ist[3]).

§. 15. Man könnte sich in der schon oben S. 298 berührten Annahme, das österreichische Recht räume der still-

---

[1]) Vgl. auch bair. Entw. II. Art. 497, 499 ff.

[2]) Der Einfluss der Concurseröffnung auf bestehende Verträge (Rehbein I. S. 538 f. Note) kann hier ausser Betracht bleiben.

[3]) Förster-Eccius I. S. 527, Note 5 behauptet, dem französischen und sächsischen G.B. sei die Clausel fremd. Diese Behauptung mag veranlasst sein durch Art. 1134 cod. civ. und durch sächs. G.B. §. 864 und vielleicht noch mehr durch die Spec.Mot. zu dem (revid.) Entw. eines B.G.B. für das Königreich Sachsen (Dresden 1863) S. 771, Nr. 6: »in §. 889 wird die sog. clausula rebus sic stantibus reprobirt . . .«; aber was diese beiden Gesetzesstellen enthalten, sagt ja auch das A.L.R. I. 5, §. 377! Ja jene beiden Stellen behalten schon in ihrer Fassung selbst Ausnahmen vor: »pour les causes, que la lois autorise«, »wenn eine . . . gesetzliche Bestimmung dazu berechtigt«. Ich will gar nicht urgiren, wie nahe Art. 1184 c. civ. (vgl. oben S. 232 Note 2) der Clausellehre steht, und dass aus dem nämlichen Rechtsgedanken die bedeutsamen Vorschriften des bair. Entw. II. Art. 138 und des §. 321 des deutschen B.G.B. erwachsen sind; aber es gehört zu den typischen Anwendungsfällen der Clausel, dass Art. 1889 c. c. den Richter ermächtigt, den Commodatar je nach den Umständen zur vorzeitigen Zurückstellung der entliehenen Sache zu verhalten, wofern der Commodant derselben unvorhergesehenerweise dringend bedarf, gar nicht zu gedenken der eingehenden Regelung des Widerrufs von Schenkungen in Art. 953—966. Das sächs. G.B. aber liberirt den Versprechenden von der Erfüllung des pactum de commodando (§. 1174), wenn er der Sache unvorhergesehenerweise bedarf, und wer die Aufbewahrung einer Sache versprochen hat, braucht (§. 1261) dieses Versprechen nicht zu erfüllen, »wenn unvorhergesehene Umstände eintreten, bei deren Vorhandensein er sich zur Aufbewahrung nicht verpflichtet haben würde«. Vgl. weiter sächs. G.B. §. 1180, 1182, 1220 f., 1062, 1050 ff.

schweigenden Clausel nur bei Vorverträgen rechtliche Geltung ein, durch mehrere Aeusserungen Zeiller's sehr bestärkt fühlen. In der That lehnt er sie wiederholt sehr bestimmt ab[1]). Da er aber[2]) die Veränderung der Umstände, »von denen als ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingungen der Vertrag abhing«, zu den Auflösungsarten der Verträge zählt, so ist schon hienach klar, dass er mit seinen erstcitirten Aeusserungen nur die ältere, masslos weite Lehre von der Clausel ablehnen wollte. Dazu kommt, dass er als Referent der Gesetzgebungscommission in der Beilage zum Vortrag vom 19. Jänner 1808, mit dem der Entwurf des B.G.B. nach der zweiten Lesung dem Kaiser vorgelegt wurde, das preussische Landrecht als das Vorbild bezeichnete, dem die Arbeit der österreichischen Gesetzverfasser grade im Obligationenrecht vielfach gefolgt sei[3]). Wer wird es da für wahrscheinlich halten, dass aus dem von der Clausel ganz durchsetzten A.L.R. so gut wie nichts von den zu ihr gehörigen Sätzen in das österr. G.B. übergegangen sei!

---

[1]) Nicht nur in einer (oben S. 280, 281) schon mitgetheilten Stelle seines Natürlichen Privatrechts, sondern auch in seinem Commentar zum B.G.B. (Wien 1811—1813); III. S. 107 macht er darauf aufmerksam, man solle bei der Auslegung von Verträgen nicht achten auf die Maxime, »dass man den Vertrag unter anderen, jetzt ganz veränderten Umständen (rebus sic stantibus) geschlossen habe und jetzt sich gewiss ganz andere Bedingungen machen würde«; S. 149 erklärt er noch einmal, dass man durch eine Aenderung der Umstände von einem abgeschlossenen Vertrag abzugehen nicht berechtigt werde, und S. 151 erklärt er die Entsagung auf die Einwendung der Clausel für überflüssig, was wohl nur eine Negation der rechtlichen Geltung der Clausel bedeuten kann.

[2]) In der zweiten (oben S. 281 Abs. 1 a. E.) mitgetheilten Stelle.

[3]) Der Vortrag (er ist zuerst veröffentlicht bei Pfaff und Hofmann, Excurse über österr. allg. bürgerl. R. I. (1877) S. 49—86) sagt S. 81: Das A.L.R. sei rücksichtlich des Obligationenrechtes »im Allgemeinen ein sehr ausführlicher, aber mit vielem kritischem Scharfsinn verfasster Auszug aus den römischen Gesetzen. Schon in dieser Hinsicht, noch mehr aber in Rücksicht solcher Rechtsgegenstände, die in dem Justinianischen Rechte ganz vermisst werden, leistete es zur Bearbeitung des vorliegenden Entwurfes treffliche Dienste.«

Und noch ein Anderes kommt in Betracht: Je umfangreicher eine gesetzgeberische Arbeit ist, desto mehr ist sie von ihren Vorarbeiten abhängig. Als Zeiller in die Gesetzgebungscommission eintrat, war die Codification schon mehr als 40 Jahre im Gange. Meines Erachtens wird leicht nachzuweisen sein, dass die Lehre von der Clausel schon für jene Vorarbeiten, die der Publication des A.L.R. um Decennien vorausgingen, nicht ohne Bedeutung gewesen ist, und dass sie an dieser Bedeutung auch im weiteren Verlauf nichts eingebüsst hat. Es sind auch genau dieselben Namen und Redewendungen beibehalten, die uns in der Dogmengeschichte der Clausel so oft entgegengetreten sind. Bei einzelnen Anwendungsfällen ist die (unmittelbare oder mittelbare)[1]) Anlehnung an einen älteren Vertreter der Clausellehre kaum zu verkennen. Ja in den Anmerkungen des Redactors Zenker zu III. Cap. 14, §. 10 (Nr. 121—134) des Codex Theresianus[2]) findet sich sogar ein ausdrückliches Bekenntniss zur Theorie der Clausel; er beruft sich darauf, dass die »Bedingung« rebus sic stantibus dem Gesellschaftsvertrag immer als still-

---

[1]) Ob das eine oder das andere? Nur selten dürfte mit annähernder Wahrscheinlichkeit eine unmittelbare Anlehnung an den ersten Vertreter der fraglichen Meinung zu behaupten sein, da manche Beispiele (z. B. das von dem Schwert, das der Depositar dem wahnsinnig gewordenen Deponenten nicht zurückstellen soll) seit Grotius II. c. 16, §. 26, Nr. 2, der es seinerseits von Cicero entnommen hat, sich unzählige Male in den alten Werken angeführt finden. Ein paar Stellen des Codex Theresianus klingen stark an Lauterbach (vgl. Saxl in Grünhut's Zeitschr. Bd. 24. Nr. XI.) an, der übrigens in der Lehre von der Clausel durchaus nicht originell ist, daher diese Anklänge wenig beweisen, wie denn auch andere Stellen in ihrer Fassung gegenüber den Parallelstellen des Codex sehr abweichen. Jedenfalls redet er oft von der tacita conditio, von der conditio, quae tacite inesse videtur, oder davon, dass der Testator so nicht verfügt hätte, wenn er gewusst hätte . . ., von der causa impulsiva und der causa finalis u. dgl.

[2]) Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Hgg. und mit Anmerkungen versehen von Ph. Harras v. Harrasowsky. 5 Bände. Wien 1883 ff. Band III. S. 258, Note 6.

schweigend beigerückt anzusehen sei[1]) und baut darauf die Bestimmung, dass der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöse. Ich nenne aus dem Codex nur eine mässige Zahl characteristischer Stellen; aber nicht bloss Fälle, wo eine nachträgliche Aenderung der Umstände vorliegt[2]), denn dem Codex kommt es hierauf wohl nicht an:

Theil II. Cap. 12, Nr. 68: Die falsa demonstratio soll der Giltigkeit der Erbeinsetzung nicht schaden; »es würde dann in einer solchen Eigenschaft geirret, in deren Ermanglung der Erblasser denselben sonst nicht zum Erben eingesetzet hätte;« . . . ebenso

II. 16, Nr. 63: ». . . Es waltete denn der Irrthum in einer solchen vermeinten Eigenschaft für, in deren Ermanglung ihm der Erblasser das Vermächtniss nicht verschaffet haben würde« (Nr. 64). So die Eigenschaften, die von einem vermeinten Blutband herrühren, »als da der Erblasser Jemanden für sein Kind, Bruder oder Anverwandten gehalten . . .«[3]).

II. 16, Nr. 71, 72, 75: Falsa causa non nocet. Ausnahmen: »Wann aus den Umständen erhellet, dass der Beisatz kein blosser Beweggrund, sondern eine wahre Endursache seie, bei deren eingesehener Falschheit der Erblasser das Vermächtniss nicht verlassen haben würde . . .« »Wenn der Erblasser ausdrücklich zu erkennen gibt, dass er das Verschaffte einzig und allein aus der angegebenen Ursache und in keiner anderen Absicht oder lediglich zu dem angezeigten Ziel und Ende verlasse . . .« »Wann der Erblasser die Ursache als

---

[1]) Unde semper haec tacita inest conditio rebus sic stantibus. Lauterbach, Coll. theor. pract. Lib. 17. t. 2, §. 30 (I. p. 934).

[2]) Wodurch allerdings die Abgrenzung gegenüber der Lehre vom Irrthum erschwert wird.

[3]) Sehr ähnlich Lauterbach l. 35 t. 1, §. 9, 11 (II. p. 969 sequ.), der insbesondere das Beispiel vom Bruder auch hat.

eine Bedingniss durch die Worte: ‚wann, wofern, da' beigesetzt hätte« [1]).

II. 13, Nr. 91 ff.: »Doch hat die vertrauliche Nachberufung[2]) nach Absterben eheleiblicher Kinder dieses Besondere, dass darunter allezeit die Bedingniss, wann der zuerst Berufene ohne eheleibliche Kinder versterben würde, stillschweigend verstanden werde [3]), wenngleich solche von dem Erblasser wortdeutlich nicht ausgedrucket worden . . .« [4]). (Nr. 102): »in Kraft dieser unter der Nachberufung stillschweigend verstandenen Bedingniss . . .« (Nr. 105): ». . . wo die Bedingniss, wann der zuerst Berufene ohne eheleiblichen Kindern versterben würde . . . vorbesagter Massen stillschweigend verstanden wird . . .«

II. 16, Nr. 387: Vermächtnisse erlöschen auch durch »Entstehung [5]) der Endursache oder dessen, was ihme (dem Legatar) dagegen auferleget worden . . .«

III. 6, Nr. 34: Der Deponent darf die Sache nicht zurückfordern, wenn sein »Hab und Vermögen oder auch die hinterlegte Sache insonderheit . . . für ein verfallenes Gut erklärt worden« oder er selbst »nach der Zeit in einen Zustand gerathete, wodurch er der freien Verwaltung seines Vermögens

---

[1]) Die Stelle hat so gut wie keine Aehnlichkeit mit Lauterbach l. 35, t. 1, §. 13—15 (II. p. 971—973).

[2]) D. h. die fideicommissarische Substitution.

[3]) Mit der stillschweigenden Bedingung operirt der Codex überhaupt gern; so hat z. B. auch das Vermächtniss künftiger Sachen die stillschweigende Bedingung ihrer Entstehung in sich: II. 16, Nr. 88.

[4]) Dabei ist eine Voraussetzung nach Nr. 93 die, dass der Testator »wahrscheinlicherweise auf die nach seinem Tode geborene Kinder des mit dem Fideicommiss Beschwerten nicht gedacht . . . habe . . .« Nr. 95: . . . »diese Vorsehung unseres Gesetzes . . . gründet sich ‚lediglich' auf die Vermuthung einer vorzüglichen Liebe und Zuneigung gegen seine eigene Nachkommenschaft.« Vgl. Lauterbach II. p. 1005 seq. (l. 36, t. 1, §. 18): tacite sub intelligitur conditio: si sine liberis decesserint: idque ex conjectura pietatis, ne testator videatur alineas successiones propriis anteponere.

[5]) D. h. Ermangelung.

entsetzet worden, dass ihm keine Zahlung geleistet werden möge«, oder wenn der Depositar vorsähe, dass davon ein übler und widerrechtlicher Gebrauch gemacht werden würde, als da Jemand den hinterlegten Degen in Zorn zurückbegehrete, um einen anderen damit anzufallen« [1]).

III. 6, Nr. 46: Der Depositar darf die Sache vor der Zeit zurückstellen, wenn »aus einem zur Zeit der Hinterlegung nicht vorgesehenen Zufall derselbe des Orts, wo die fremde Sache aufbehalten ist, unumgänglich zur Verwahrung seiner eigenen Sache« bedarf oder dieser Ort so beschädigt ist, »dass die hinterlegte Sache der unvermeidlichen Gefahr des Verlusts oder Verderbens darinnen ausgesetzet . . . wäre« [2]).

III. 5, Nr. 31: Der Commodant kann die Sache vor Ablauf der Zeit zurückfordern, wenn er »aus einem unvorhergesehenen Zufall der Sache ohne seinen Schaden nicht entbehren zu können [3]), oder die Gefahr des Untergangs derselben bei dem Entlehner fürzuwalten, oder

[1]) Ganz ähnlich Lauterbach I. p. 889 (l. 16, t. 3, §. 18), der aber hier Aelteren folgt.

[2]) Diese Stelle kann nicht Lauterbach I. p. 888 (lib. 16, t. 3, §. 17) nachgebildet sein.

[3]) Lauterbach I. p. 740 (lib. 13, t. 6, §. 11): Commodator enim in hunc casum se obligasse non videtur. — Dass die verfrühte Rückforderung in Oesterreich zulässig war, aber nur, »wenn der Darleiher selbsten in der äussersten Noth wäre«, bezeugt J. U. Donner, Einleitung zum (sic) Kenntniss der österr. Rechte. I. Theil. Drittes Buch (Wien 1781) §. 833, S. 115 f. Dass der Eigenthümer die Sache selbst »nothwendig hätte«, gewährt ihm noch kein Rückforderungsrecht, »weil der Gebrauch der Sache dem Entlehner einmal geschenket worden und folglich nicht mehr zurückgeruffen werden kann«. Auch folge ein solches Recht keineswegs daraus, dass der Vermiether es habe (unten S. 322 Note 4), denn wo er von diesem Rechte Gebrauch mache, da brauche der Bestandmann »auch nichts mehr zu bezahlen«, während der Commodatar »den ihm aus dem Vertrag zukommenden Genuss ohnentgeltlich nachlassen« müsste. Bekanntlich argumentirten ältere Juristen nicht selten: Muss schon der Miether die Sache dem Vermiether zurückgeben, wenn dieser derselben bedarf, so muss es um so mehr der Commodatar, weil er sie ohne Entgelt benutzt.

solche von ihme zu einem anderen als dem bestimmten Gebrauch angewendet zu werden zu erweisen vermögete ...

III. 12, Nr. 162: Ist die Verfertigung des verdungenen Werkes durch einen »ausserordentlichen und unvorhergesehenen Zufall viel beschwerlicher gemacht« und erheischt sie weit mehr Mühe und Arbeit, »als bei dem anfänglichen Zustand der Sache nicht (sic) erforderlich gewesen wäre«, so ist der bedungene Lohn entsprechend zu erhöhen.

Zu den Gründen vorzeitiger Aufhebung des Bestandvertrages [1]) bemerkt III. 12, Nr. 173, dass sie auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Contrahenten bedungen haben, »dass sie aus keinerlei Ursach von dem Contract abgehen wollen [2]); massen alleweil die stillschweigende Bedingnussen aus der Natur der Handlung darunter verstanden sind, dass der ... Contract nicht anderst bestehen könne, als wann der Zins bezahlet [3]), der Gebrauch durch Zufall nicht verhinderet und die gemiethete Sache aus Schuld oder Missbrauch des Miethers nicht verderbet werden würde«. Dagegen ist (Nr. 176) »die eigene Bedürfniss der vermietheten Sache ... keine zureichende Ursache, den Miether oder Pachter vor der Zeit hinauszutreiben« [4]). Der Satz: »Kauf gehet vor Miethe« wird

---

[1]) III. 12, Nr. 164 ff. Die Nothwendigkeit eines Neubaues oder einer mit Fortsetzung des Miethgebrauchs unvereinbaren Reparatur befreit den Vermiether nicht von der Verbindlichkeit, den Miether nach Herstellung des Hauses um den ursprünglich vereinbarten Zins bis zum Ablauf der Vertragszeit wohnen zu lassen, wenn er es verlangt (Nr. 169). Missbrauch des Bestandobjects (Nr. 171) ist schon im Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch aus dem Ende des 13. oder dem Anfang des 14. Jahrhunderts (Hgg. von H. M. Schuster, Wien 1873) Art. 41 als ein Grund der Vertragsaufhebung bezeugt.

[2]) L. 54 §. 2, D. loc. 19, 2: ... ne intra tempora locationis ... conductor de fundo invitus repelleretur.

[3]) Lauterbach I. p. 1162 (lib. 19, tit. 2, §. 41): ... tacite enim subintelligitur: si merces fuerit soluta.

[4]) Doch war sie als solche in dem damaligen österr. Recht anerkannt, während schon damals die Miethe durch den Tod des Miethers nicht erlosch. Donner a. a. O. §. 935, 938 (S. 180, 181 f.). Auch Lauterbach I.

dahin verstanden, dass auch der Miether oder Pachter nicht schuldig seien, »den Contract fortzusetzen« (Nr. 186 f.)[1]).

III. 15, Nr. 98: Aus rechtmässiger Ursache kann der Mandatar auch zur Unzeit oder zum Schaden des Mandanten den »Befehl aufsagen«; solche Ursachen sind: »Krankheit oder Veränderung seines Zustandes, wodurch er zu Verrichtung des aufgetragenen Geschäfts unfähig oder unvermögend gemacht würde, eine grosse zwischen ihm und dem Befehlsgeber ausgebrochene Feindschaft, vorgefallene nothwendige Reise und überhaupt alle Zufälle, welche gleich Anfangs die Annehmung des Befehls verhinderet haben würden.«

III. 20, Nr. 12: »Da Jemanden ein Heirathsgut versprochen . . . worden wäre, und die Heirath würde nicht erfolgen, kann das Versprechen widerrufen . . . werden, wiewohlen der Heirath selbst dabei nicht gedacht worden wäre, weilen das Heirathsgut nothwendig die Ursach der erfolgenden Heirath voraussetzt.« Hier ist »die Endursache . . . schon aus der Natur der Handlung stillschweigend darunter verstanden« [2]).

Ein Recht, die Schenkung wegen nachgeborener Kinder zu widerrufen, besteht nach II. 7, Nr. 95, 102 nur, wenn »solches von dem Geschenkgeber bei der Schankung ausdrücklich ausbedungen worden« [3]); hat er aber von diesem

p. 1163 (l. 19, t. 2, §. 43) trägt den Satz als geltendes Recht vor, bemerkt aber, er stamme nicht ex natura contractus, sed ex jure positivo.

[1]) Donner, §. 936 (S. 180 f.), sagt zwar von diesem Falle auch: »so hört der Miethcontract auf«, aber er spricht dann doch nur davon, dass der Käufer kündigen könne.

[2]) Lauterbach II. p. 422 (lib. 23, t. 3, §. 19): . . . semper habet annexam hanc conditionem: si nuptiae sequantur.

[3]) Ganz anders Lauterbach III. p. 82 (lib. 39, t. 5, §. 53): Non enim verisimile est, quendam . . . sua bona . . . extraneo donaturum fuisse, si de propriis liberis cogitasset vel eos speraret . . . Unde quis donasse censetur ob defectum liberorum et proin sub tacita illa conditione resolutiva: nisi ipsi liberi sint nascituri.

Recht keinen Gebrauch gemacht, und sterben diese Kinder, ohne selbst Kinder zu hinterlassen, so kann die Schenkung nicht mehr widerrufen werden.

Aus Horten's Umarbeitung des Codex [1]) seien nur folgende Stellen hervorgehoben:

III. 1, §. 30 a. E.: »Irrthum in der Bewegursache, wodurch Jemand den Vertrag zu schliessen bewogen worden«, ist irrelevant, »ausser wenn diese Bewegursache ausdrücklich als eine Bedingniss der Einwilligung hinzugesetzt worden« [2]).

III. 9, §. 212: Ein allgemeiner Verzicht auf alle dem Erklärenden »zukommen mögenden Rechtswohlthaten« schliesst das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte nicht aus.

Unter den Gründen, die den Depositar zur vorzeitigen Zurückstellung der Sache berechtigen, nennt III. 6, §. 6 auch den, »wenn seine Umstände sich dergestalt änderten, dass er die Sache nicht mehr wie vorher aufbewahren könnte«.

III. 5, §. 9 hält fest an den im Cod. Ther. genannten Gründen, aus denen der Commodant die Sache vorzeitig zurückfordern kann; einer dieser Gründe ist darauf abgestellt, dass »der Ausleiher aus einem zur Zeit der Ausleihung nicht vorgesehenen Zufalle der ausgeliehenen Sache selbst ohn-

---

[1]) Harrasowsky's cit. Edition, Bd. IV.

[2]) Ueberhaupt werden listige Ueberredungen, Verstellung, Scherz, Uebereilung und Irrthum als Dinge angesehen, »die den freien Willen benehmen«, wenn bewiesen wird, »dass der Erblasser bei erkannter List, bei ernsthafter Ueberlegung, besserem Vorbedacht oder bei eingesehenem Irrthum ganz andere Gesinnung gehabt hätte«: II. 8. §. 13. Ebenso ist ungiltig, was der Erblasser zugewendet hat, wenn er »die Ursache ausdrücklich hinzugesetzt hat, warum er Jemanden etwas zuwende, und diese Ursache falsch zu sein befunden wird«, er hätte denn später die Wahrheit erfahren und seinen Willen nicht abgeändert, obgleich er es noch gekonnt hätte: II. 9. §. 25. Ist der Irrthum eines Contrahenten von der Beschaffenheit, dass der Einwilligende »bei Entdeckung seines Irrthums niemals in die Handlung eingewilligt haben würde, so wird die ganze Handlung entkräftet«: III. 1. §. 26.

umgänglich benöthiget wäre und durch deren längere Entbehrung einen Schaden zu befahren hätte«.

Unter den Ursachen, die den Mandatar zur Aufsagung der Vollmacht »zu allen Zeiten« berechtigen, nennt III. 16, §. 42 »überhaupt alle Zufälle, welche, wenn sie bei Schliessung des Contracts vorhanden gewesen wären, ihn an Uebernehmung des Auftrages verhindert haben würden«.

III. 15, §. 62: Der Gesellschaftsvertrag findet »in allen jenen Fällen« sein Ende, »wo ein Gesellschafter in einen solchen Zustand versetzt wird, in welchem entweder die Gesellschaft gleich Anfangs mit ihme nicht hätte bestehen können [1]) oder die übrigen Gesellschafter den Contract mit ihm nicht geschlossen haben würden« [2]).

Aus Martini's Umarbeitung [3]) verdient vor Allem genannt zu werden die wohl auch an Kopp (oder einen späteren Gesinnungsgenossen) sich anlehnende Zurechtlegung des Leihvertrags in III. 3, §. 12: »Der Lehner hat zwar eingewilligt, den Gebrauch seiner Sache auf eine Zeit zu vermissen, nicht aber die Sache selbst schmälern zu lassen, und am wenigsten, das Eigenthum, welches in seinen Händen würde sicher gewesen sein, dem Ungefähr bloss zu geben: geht demnach die geliehene Sache . . . zu Grunde . . .«

III. 4, §. 20: »Will . . . der Gewalthaber die Vollmacht aufkünden und zurückgeben, so liegt ihm ob, eine nicht vorhergesehene Unfähigkeit oder ein anderes dazwischen gekommenes Hinderniss darzuthun . . .«

§. 16. Motive und Constructionen werden — das zeigen auch die eben besprochenen Vorarbeiten — in den Gesetzeswerken selbst, je näher sie der Gegenwart stehen, seltener und

---

[1]) Anlehnung an L. 3, §. 2 i. f. D. 34. 8, oder vielleicht an Kopp.

[2]) Ablegung der feierlichen Ordensgelübde, Landesverweisung, Ehrloserklärung, strafweise Einziehung des Vermögens, Verlust der freien Vermögensverwaltung.

[3]) Harrasowsky Bd. V.

seltener ausgesprochen. Im westgalizischen G.B. sind sie schon sehr dünn gesäet, und die späteren Redactoren haben es grundsätzlich vermieden, Begründungen, als welche in das Lehrbuch gehörten, in den Gesetzestext aufzunehmen. Was aber in diesem nicht steht, das bieten die Protokolle[1]) und Zeiller's Commentar.

Der von den Vorverträgen handelnde §. 936 B.G.B. entwickelt für diesen Fall ziemlich detaillirt den Gedankeninhalt der Clausel, indem er davon spricht, dass »die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zwecke vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird«. Aber die wichtigste Stelle, die im a. B.G.B. von unserem Thema handelt, ist gleichwohl nicht der §. 936, der nur einen einzelnen, wenn auch bedeutsamen Anwendungsfall bespricht, vielmehr ist die eigentlich grundlegende Bestimmung enthalten im §. 901:

> »Haben die Parteien den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht, so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Ausserdem haben dergleichen Aeusserungen auf die Giltigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluss. Bei den unentgeltlichen aber sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.«

Ich gebe gerne zu, dass man gegen meine Aufstellung einwenden kann, der Paragraph verlange, dass der von den Parteien ins Auge gefasste Bewegungsgrund oder Endzweck ausdrücklich angegeben sei; dann aber könne man zwar einverstanden sein, dass er von der ausdrücklich beigerückten Clausel rede, die niemals erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat; für die tacita clausula aber beweise er nichts.

[1]) Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des österr. a. B.G.B. hgg. v. Ofner. 2 Bände, Wien 1889.

Ich halte diese Einwendung für nicht zutreffend. Eine ausdrückliche Willenserklärung soll (§. 863 B.G.B.) geschehen »durch Worte und allgemein angenommene Zeichen«, eine stillschweigende »durch solche Handlungen, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen«. Es liegt nicht in der Aufgabe dieser Abhandlung, das Wesen dieses Gegensatzes, das ja sehr zweifelhaft ist[1]), zu bestimmen. Das aber ist leicht erweislich, dass das B.G.B. die beiden Termini nicht immer im Sinne des §. 863 verwendet. Einigemale ist das Wort »ausdrücklich« in der Gesetzesstelle, wo es steht, ganz müssig[2]); in sehr vielen Fällen, überall nämlich, wo von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung die Rede ist und von ihnen gesagt wird, dass sie rechtlich gleich viel gelten, bleibt es gleichgiltig, wie man den Sinn des Gegensatzes auffasst, da das Gesetz eben jede rechtlich in Betracht kommende Willenserklärung meint[3]); in einer Anzahl anderer Stellen ist »ausdrücklich« gleichbedeutend mit »deutlich«, »mit Sicherheit erkennbar«[4]). Lassen wir nun, wie billig, die Fälle der zweiten

---

[1]) Bekker, Pand. II. S. 72, constatirt, dass sich »die Lehre gegenwärtig noch in einiger Verwirrung befindet«, Regelsberger, Pand. S. 503, es seien »alle Versuche, ein festes Unterscheidungsmerkmal zu gewinnen, bisher misslungen«. Vgl. die angef. Schrift von Ehrlich, Die stillschw. Willenserklärung (1893), und insbes. über österr. Recht Unger, Syst. II. S. 103 ff.

[2]) Wenn z. B. im §. 995 B.G.B.: »wenn Jemanden Zinsen, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze gebühren . . .« die gesperrten Worte gestrichen würden, so hätte sich an dem Sinne des Satzes gar nichts geändert.

[3]) So z. B. in den §§. 152, 606, 673, 922, 923, 936, 963, 969, 993, 1004, 1035, 1113, 1114, 1116, 1117, 1163, 1201, 1212, 1407, 1497.

[4]) So in den §§. 360, 662 (Pfaff und Hofmann, Comm. II, S. 435: Nur wo das Nichtirren aus dem Wortlaut des Vermächtnisses erhellt, ist dieses giltig), 671 (ebenda II. S. 396 Note 10), 702 (ebenda II. S. 592 Nr. II), 790 (Sammlung I. Nr. 292: Die Erklärung des Erblassers, dass einer der gesetzlichen Erben eine bestimmte Geldsumme zur Nachlassmasse schuldig sei, wurde als der ausdrücklichen Anordnung der Anrechnung dieses Betrages in den Erbtheil gleichkommend angesehen), 791, 792, 882, 891, 892, 919, 928, 929, 935, 955, 1353, 1415 u. a.

Kategorie ausser Betracht, so dürfte diese dritte Bedeutung des Wortes diejenige sein, in der es im B.G.B. am häufigsten gebraucht wird, eine Bedeutung, die auch im deutschen Sprachgebrauch vollkommen begründet ist[1]). Dass das Wort auch im §. 901 nicht anders zu verstehen ist, sagt schon Zeiller[2]): »Ob aber der Zweck zur Bedingung gemacht worden sei, kann nicht einzig aus dem Bindeworte und der hypothetischen Formel, sondern auch daraus abgenommen werden, dass der Zweck ausdrücklich erklärt, und die Verbindlichkeit offenbar als Mittel auf diesen Zweck eingeschränkt worden ist, z. B. wenn Jemand seinem künftigen Schwiegersohn ein Heirathsgut verspricht und die Ehe nicht zu Stande kommt, oder wenn ein Käufer Oel bestellt, damit er seine Kunden zur Beleuchtung an einem bestimmten Tage versehen könne und die Waare nicht zur gehörigen Zeit abgesendet wird«[3]). Die Juristen früherer Jahrhunderte führten solche Entscheidungen auf die tacita clausula zurück. §. 901 nennt allerdings die Clausel nicht; ihm ist es bloss eine Interpretationsfrage, ob mit genügender Sicherheit erhellt, dass die Parteien nur gebunden sein wollen, wenn eine bestimmte Ge-

[1]) In dem Grammat. krit. Wörterbuch der hochdeutschen Mundart von Adelung, das die Redactoren des B.G.B. zu Rathe zu ziehen pflegten, wenn sich ihnen über die Bedeutung eines Wortes Zweifel ergaben, steht die Bedeutung: »deutlich« an der Spitze des betreffenden Artikels.

[2]) Comm. III. S. 85.

[3]) Vgl. Pfersche, Die Irrthumslehre des österr. Priv.R. Graz 1891, S. 248—253, wo nicht nur eine Anzahl instructiver Beispiele besprochen, sondern auch bemerkt wird, es sei nicht genau, wenn man in Fällen dieser Art von einer stillschweigenden Bedingung spreche; »es ist nämlich den berechtigten Interessen beider Parteien vollkommen Rechnung getragen, wenn bei Nichtzutreffen der Voraussetzung ein Rücktrittsrecht gewährt wird.« S. auch Regelsberger, Pand. §. 143, S. 528, der besonders betont, dass die dem Gegentheil bekannten Umstände nach der Auffassung des Lebens sowohl für die Stellung der Bedingung, als für deren Annahme sprechen müssen. M. E. zeigen schon die von Zeiller (S. 85 u. 86) und von Regelsberger angeführten Beispiele, dass Beide gleicher Meinung sind, dass also auch dem Ersteren das Nämliche vorschwebte, was Letzterer mit Recht hervorhebt.

staltung der Umstände besteht oder eintritt (bezw. nicht besteht oder nicht eintritt). Ergibt sich dann jene Gestaltung der Umstände, für welche der Wille nicht gesetzt sein sollte, so wird der eine (möglicherweise beide) nicht gebunden sein[1]). Das practische Ergebniss ist dasselbe, wie bei der Unterlegung der stillschweigenden Clausel; nur wird Niemand besorgen, dass durch den so gefassten Rechtssatz die Vertragstreue in die Brüche gehen könnte.

Mit dem ersten Satze des §. 901 [2]) ist nun aber ein Rechtsgedanke von sehr grosser Tragweite aufgenommen, so sehr, dass er mit A.L.R. I. 5, §. 378 verglichen werden kann[3]); und auch insofern kann er mit §. 378 cit. verglichen werden, als er in einer sehr grossen Zahl von Anwendungsfällen im B.G.B. wiederkehrt, und zwar so bewusst, dass Zeiller selbst eine grössere Reihe dieser Sätze ausdrücklich auf den Gedanken des §. 901 zurückführt. Zugleich zeigen diese Anwendungsfälle, wie sehr es Zeiller und seinen Mitarbeitern heiliger Ernst um den Satz war, dass das »ausdrücklich zur Bedingung machen« nicht mehr bedeute, als ein deutliches Hervortretenlassen eines bestimmten Willens, ja dass die Annahme dieses Willens unter Umständen sogar als selbstverständlich erscheinen könne[4]).

---

[1]) In der Regel wird das Geschäft bei unerwünschter Gestaltung der Verhältnisse nur von einem Contrahenten im Stiche gelassen werden können — das Rücktrittsrecht wird nur zu seinen Gunsten als stillschweigend bedungen anzusehen sein, so in Zeiller's Beispiel nicht zu Gunsten des Lieferanten, sondern des Käufers; hat dieser aber trotz verspäteter Lieferung kein Interesse, von dem Geschäft zurückzutreten, so wird er die Lieferung annehmen und bezahlen; das letztgenannte Ergebniss legte sich die ältere Theorie dahin zurecht, dass sie annahm, es könne der weggefallene ursprüngliche Endzweck durch einen neuen, seither entstandenen ersetzt werden.

[2]) Er kam im Wesentlichen schon bei Horten (oben S. 324 Note 2) vor.

[3]) Oder mit den im deutschen B.G.B. aufgestellten Regeln über einstweiliges Zurückbehaltungsrecht und Rücktrittsrecht.

[4]) Insofern mag auch von Zeiller zuweilen eine Gesetzeswirkung als Willenswirkung aufgefasst sein.

Die Fälle, in denen der erwähnte Gedanke zur Sprache kommt, sind folgende:

1. Die im §. 458 B.G.B. getroffene Regelung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Pfandgläubiger bei Entdeckung eines unzureichenden Pfandes ein anderes angemessenes Pfand fordern dürfe, wurde von zwei Votanten bekämpft, die bemerkten[1]), der Gläubiger habe »nur gegen volle Sicherheit seiner Forderung dem Schuldner das Darlehen gegeben; höre nun die Sicherheit auf, so werde schon dadurch eine Bedingung des Hauptcontractes (nämlich des Darlehens) nicht erfüllt, und dadurch der Gläubiger berechtigt, entweder die sogleiche Bezahlung der Forderung oder die Bestellung eines anderen besseren Pfandes zu verlangen«. Bei Zeiller[2]) tritt hier nur insofern die gleiche Grundanschauung hervor, als auch er anerkennt, dass bei dem Thatbestand des §. 458 »das Sicherheitsrecht des Gläubigers verletzt werde . . . da ein fehlerfreies Stück der Gegenstand der Pfandbestellung war«.

2. Von besonderer Wichtigkeit ist, dass im §. 919 der »ausdrückliche Vorbehalt«, der in unserer Praxis sehr oft buchstäblich genommen wird, auch nicht anders zu verstehen ist, als die »ausdrückliche Bedingung« im §. 901 [3]).

3. Die Zulässigkeit des »Widerruf« genannten Anspruchs des verarmten Schenkers auf Bezahlung einer Rente nach §. 947 führt Zeiller III. S. 166 auf »eine Einschränkung oder Bedingung des Geschenkgebers« zurück. Die Freiburger Facultät beantragte, unbeschadet dieses Anspruchs im §. 954 auch eine wirkliche Rückgängigmachung der Schenkung dann zu-

---

1) Prot. I. S. 296.

2) Comm. II. S. 269.

3) Zeiller III. S. 117 hebt dies auch ausdrücklich hervor und führt das Beispiel an: »wenn ein auf die Messe reisender Kaufmann Waaren dahin bestellt, um sie dort zu verkaufen, und selbe erst nach der Messezeit eintreffen. In solchen Fällen berechtigt die Vertragsverletzung allerdings, von dem Vertrage zurückzutreten.«

zulassen, wenn »aus den Worten des Schenkvertrages oder anderen Umständen wahrscheinlich gemacht werden kann, dass der Schenkende den Fall, wo er noch Kinder bekommen sollte, zur auflösenden Bedingung seiner Schenkung gemacht habe«. (Prot. II. S. 33.)

4. Den Rechtssatz (§. 962), dass der Verwahrer die Sache vorzeitig zurückstellen darf, wenn ein »unvorhergesehener Umstand[1]) ihn ausser Stand setzt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren«, paraphrasirt Zeiller III. S. 197 so: »Wenn offenbar der Zweck, nämlich die Sicherstellung der Sache, z. B. bei unvermutheter Feindesgefahr, wegfiele (§. 901) oder wenn die längere Verwahrung mit Aufopferungen, wozu der Uebernehmer sich nicht verpflichtet hat ... verknüpft wäre ...«[2]).

5. Während bei der Berathung des G.B. (Prot. II. S. 83) einige Votanten im Widerspruch mit §. 934 a. E. den im §. 1048 enthaltenen Rechtssatz[3]) als eine Consequenz der Grundsätze über die Verletzung über die Hälfte bezeichneten, erklärt Zeiller (III. S. 344): »Der andere Theil ist an sein Versprechen, da die Bedingung, unter der er es gemacht hat (§. 804[4]) und 934), ganz oder doch grösstentheils wegfällt, weiter nicht gebunden.«

---

[1]) Bair. Entw. II. Art. 667 fordert auch diesen nicht.

[2]) Im westgal. G.B. III. §. 135 war dieses Recht des Verwahrers beschränkt auf den Fall, »wenn ein Umstand eintrifft, welcher das Recht ertheilt, eine Vollmacht aufzukündigen«. Da aber die Gründe beim Vollmachtsvertrag so abgeändert wurden, dass sie auf den Verwahrungsvertrag nicht mehr passten, wurde die Textirung verändert (Prot. II. S. 407). — Im Uebrigen vgl. über diesen Fall v. Schey, Die Obligationsverh. des österr. allg. Privatrechts. Wien 1890, 1895, S. 317 f.

[3]) »Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die bestimmte vertauschte Sache durch Verbot ausser Verkehr gesetzt oder zufälligerweise ganz oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen.« Vgl. auch §. 1064.

[4]) Dieses Allegat Zeiller's kann nur auf einem Schreib- oder Druckfehler beruhen.

6. Die Regeln über remissio mercedis (§. 1104 f.) begründet Zeiller (III. S. 422 f.) so: Der Bestandnehmer kaufe (§. 1094) den Gebrauch oder die Benutzung der Sache; da aber — und hier lehnt er sich an einen von den Vertretern der Clausellehre oft betonten Gedanken an — »der Gebrauch und die Benutzung nur allmählig geschieht«, so kann man es »nur unter der natürlichen stillschweigenden Bedingung verstehen, dass das Bestandgut fortwährend in dem Stande verbleibe, ordentlich gebraucht und benutzt werde. Sobald es dem Verkäufer unmöglich fällt, den Vertrag zu erfüllen, ist auch der Käufer weiter nicht mehr daran gebunden«[1].

7. Ebenso rechtfertigt er (III. S. 448) das Recht des Bestandgebers und Bestandnehmers zum vorzeitigen Rücktritt (§. 1117 f.) — wohin aber nach österr. Recht das eigene Bedürfniss des Vermiethers nach dieser Wohnung nicht mehr gehört — durch die Erwägung, dass bei diesem Vertrage »einerseits der ordentliche Gebrauch, andererseits der Bestandzins und die Erhaltung des Bestandgutes zur natürlichen, stillschweigenden Bedingung gemacht werde (§. 1090)«.

8. Das Rücktrittsrecht des Bestellers wegen verschuldeter Unpünktlichkeit des Bestellers (§. 1154) erklärt Zeiller (III. S. 495 f.) damit, es könne die Zeit »oft stillschweigend zur wesentlichen Bedingung gesetzt sein durch den ausdrücklich angegebenen oder aus den Umständen hervorleuchtenden Zweck (§. 901), der durch die Verzögerung ganz vereitelt werde, wie z. B. die Bestellung eines Brautkleides zum Hochzeitstage oder der Schnitter zur Erndte«. In solchen Fällen tritt »Entkräftung der Verbindlichkeit des Bestellers ein«. Ferner nennt er als rechtmässige Gründe der Aufhebung des Lohnvertrags (§. 1160) »die (obgleich schuldlose) Unfähigkeit des Arbeiters zur Fortsetzung

[1]) Dafür allegirt er freilich §§. 1052 u. 1066.

der Arbeit oder andererseits den Mangel an Vermögen, mit der Bezahlung des rückständigen Lohnes oder Aufwandes zuzuhalten (§. 1447)« III. S. 505. Was das Rücktrittsrecht nach §. 1153 angeht, so kann es wohl kein Bedenken haben, die »ausdrückliche Bedingung« in dem nämlichen Sinne zu verstehen, wie im §. 901.

9. Ebenso sagt Zeiller (III. S. 572), das Gesetz (§. 1211) erkläre »für eine auflösende Bedingung und Bewegungsursache ... den Umstand, dass ein Mitglied, welches als das vorzüglichste Triebwerk der Gesellschaft zu betrachten war, ausgetreten oder gestorben ist«.

10. In sehr zahlreichen Gesetzgebungen (und Entwürfen) ist das Recht des Commodanten anerkannt, die verliehene Sache wegen eigenen unvorhergesehenen Bedarfes vorzeitig zurückzufordern[1]). Es bestand auch im älteren österr. Recht (oben S. 321 Note 3); erst in Martini's Umarbeitung ist es fallen gelassen. Aber noch ein Monitum der Freiburger Facultät fand die neue Anschauung hart: Das Recht des Eigenthümers sei doch stärker, als das des Entlehners und man könne mit Grund annehmen, »dass sich jeder Lehner, wenn er bei Schliessung des Contractes darum befragt worden wäre«, das Rückforderungsrecht vorbehalten hätte. Die Gesetzverfasser aber beschlossen den §. 976, weil das Römische Recht, »welches bisher bei uns in praxi gegolten hat«, und das Naturrecht für den Entlehner sprechen, da »ihm der Gebrauch bis zur bestimmten Zeit geschenkt worden, und Schenkungen des eigenen Bedarfes wegen nicht mehr zurückgefordert werden können. Es hänge ja nur von dem Verleiher ab, die Bedingung beizusetzen« (Prot. II. S. 36). Auch Zeiller (III. S. 217) gibt zu, es sei wahrscheinlich, dass der Commodant den Fall des eigenen Bedürfnisses zur auflösenden Be-

[1]) Zahlreiche Belege dafür bei Unger, Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. 1893, S. 20 ff.; ferner Civilgesetzb. für den Canton Solothurn (1855) §. 1229, Bündnerisches C.G.B. mit Erläut. ... von Planta (1863) §. 393 a. E.,

dingung gemacht hätte[1]), er meint aber, die unvermuthete Zurückforderung könne dem Commodatar empfindlicher sein, als die längere Entbehrung dem Commodanten, »der die Veränderung seiner Verhältnisse gewöhnlich leichter voraussehen kann«. Immerhin ist das Beispiel des österr. G.B. nicht ohne Nachahmung geblieben[2]).

Dass umgekehrt (§. 977) der Commodant die Sache nicht vorzeitig zurücknehmen muss, wenn ihm die Zurücknahme im Augenblick, da sie ihm angesonnen wird, beschwerlich fällt, — sie aber zurücknehmen muss, wenn dies nicht zutrifft, liesse sich nach beiden Seiten auf den Gedanken der Clausel recht wohl zurückführen; einerseits kann man sagen, der Verleiher würde sich die Zurückstellung zu unbequemer Zeit verbeten haben, wenn er daran gedacht hätte; andererseits ist uns in der älteren Doctrin die Erscheinung wiederholt begegnet, dass man verfrühte Erfüllungen im Interesse des Schuldners kraft der Clausel für zulässig erklärte[3]). Ob aber auch bei §. 978 daran gedacht war, der Commodant würde den Vertrag nicht geschlossen haben, wenn er sich eines unerlaubten Gebrauchs der Sache u. s. w. durch den Entlehner versehen hätte, ist mir nicht wahrscheinlich. Der durchschlagende Gesichtspunkt ist ja (arg. Marg. Rubr.) die Verantwortlichkeit des Commodatars, und auch was Zeiller[4]) vorbringt, hat mit der Clausel nichts gemein.

---

welchen Rechtssatz Planta auf eine stillschweigende Bedingung zurückführt, Bähr, Gegenentw. §. 531 Nr. 2, Reichsgesetzbuch über das Privatrecht in sieben Büchern Art. 1283, Privatrecht der Ostseeprovinzen (1864) Art. 3760 (Erdmann, Das Priv.R. der Ostseeprovinzen. Riga 1894. IV. S. 274), Deutsches B.G.B. §. 605; das ital. G.B. Art. 1816 folgt dem französischen Recht.

[1]) Damit ist wohl auch zugegeben, dass §. 976, wenn er auch dem §. 1413 entspricht (v. Schey a. a. O. S. 227 Note 10), gegenüber §. 901 eine Inconsequenz enthält.

[2]) Unger a. a. O.

[3]) Vgl. auch Conc.O. §. 14, Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R.G.Bl. §. 8.

[4]) III. S. 219: »um grösserem Schaden vorzubeugen und das Vergehen auf eine angemessene Art zu ahnden.«

11. Beim Mandat weisen auf die Clausel §. 1010: »durch die Umstände unvermeidlich«[1]) und noch bestimmter §. 1021: »dafern nicht ein unvorhergesehenes und unvermeidliches Hinderniss eingetreten ist«; vgl. westg. G.B. III. §. 121: »eine nicht vorhergesehene Unfähigkeit oder ein anderes unterdessen eingetretenes unvermeidliches Hinderniss.«

12. Das Rücktrittsrecht des Verlegers im Falle des §. 1166 lässt sich ohne Zweifel daraus erklären, dass er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er diese Gestaltung der Sachlage vorausgesehen hätte. Gesagt wird es aber weder in den Protokollen, noch bei Zeiller[2]). Nicht anders verhält es sich auch mit §. 1291, bei dem, sowie man in der Clausellehre nicht bloss an später veränderte Umstände denkt, die Erklärung aus der Clauseltheorie sehr nahe läge[3]); Zeiller (III. S. 696 f.) betont aber nur die Täuschung des einen Contrahenten durch den anderen und darum erscheint der Vertrag von vornherein als ungiltig[4]).

---

[1]) Ebenso westgal. G.B. III. §. 110; vgl. auch beim Lohnvertrag §. 1161: »in dringenden Umständen«.

[2]) Er motivirt (III. S. 513 f.) den Rechtssatz damit, dass »der Zwang in diesem Verhältniss oft ein unsicheres oder unschickliches Mittel zum Zweck ist«.

[3]) Vgl. bair. Entw. II. Art. 823: ». . . dass der Versicherer bei Kenntniss der wahren Sachlage die Versicherung überhaupt nicht oder nicht zu denselben Bedingungen übernommen haben würde.«

[4]) An sich könnten auf die Regel des §. 901 auch zurückgeführt werden das Widerrufsrecht wegen groben Undankes des Beschenkten (§. 948), die Gründe, welche den Austritt oder die Ausschliessung eines Socius rechtfertigen (§. 1189: »bei veränderten Umständen«, §. 1210; vgl. A.L.R. I. 17, §. 270 ff.), und das Recht des Bürgen, von dem Schuldner die Sicherstellung der verbürgten Schuld zu verlangen, wenn letzterer der Insolvenz oder Flucht verdächtig ist (§. 1365); es ist wohl nur zufällig, dass weder die Vorarbeiten noch die Protokolle, noch Zeiller eine auf einen Zusammenhang mit der Clausel bezügliche Hindeutung enthalten; nur von den Fällen des §. 1210 sagt Zeiller III. S. 571, man könne vernünftigerweise nicht annehmen, dass die socii die Gesellschaft mit einem solchen Mitglied, »welches das nothwendige Zutrauen verliert und den Credit der Gesellschaft bei den Andern schwächet«, fortsetzen wollten und die Protokolle bezeugen einen Zusammenhang dieses Falles mit der Formulirung der Clausel des §. 936 (worüber S. 351 Note 1). —

13. Zum Zweck der Zurückforderung gegebener Brautgeschenke gibt §. 1247 die condictio causa data causa non secuta, wenn das Verlöbniss ohne Verschulden des Schenkenden rückgängig wurde, und entbindet ihn im gleichen Falle von der Verpflichtung zur Erfüllung, wenn das Geschenk nur (rechtswirksam) zugesichert war. Martini und das westgal. G.B. denken bei diesem Falle nicht an die Clausel, wohl aber die älteren Vorarbeiten und Zeiller. Die Brautgeschenke erscheinen im Cod. Theres. I. 3, Nr. 52 und fast wörtlich übereinstimmend auch bei Horten I. 3, §. 18 als bestimmt »gleichsam zu einer Versicherung und Unterpfand des zu vollziehen kommenden Ehebündnisses«, und Zeiller (III. S. 628) sagt geradezu, hier werde der einleuchtende Zweck oder Beweggrund der Schenkung mit Grund als eine Bedingung angesehen. — Ebenso erläutert er zweimal (III. S. 657 und 658) den von ihm selbst formulirten (Prot. II. S. 572) Satz des §. 1217, dass Ehepakten »in Absicht auf die eheliche Verbindung . . . geschlossen werden«, dahin, dass sie »in Absicht auf die fortwährende häusliche Gemeinschaft, mithin unter dieser stillschweigenden Bedingung«, »ihrer Natur nach offenbar nur unter der Bedingung der fortdauernden Gemeinschaft geschlossen« werden, und daher mit deren Aufhebung zerfallen, — wieder unter Berufung auf §. 901; auch stellt er (III. S. 647) die Fälle der §§. 1260 ff. unter den Gesichtspunkt »wichtiger Veränderungen«.

14. Bei einem Vergleich »ist der nächste Zweck die Beendigung oder Hintanhaltung des Rechtsstreites« oder »der Wunsch, etwas Gewisses vor dem Ungewissen zu haben« . . . »Die sich vergleichenden Parteien nehmen . . . einige Punkte als gewiss und zuverlässig an, und setzen sie als eine stillschweigende aus der Natur des Geschäftes sich dar-

---

Dagegen dürfte die Parömie »Kauf bricht Miethe« im österr. G.B. keinen Zusammenhang mit der Clausel haben, wenn sie auch in der älteren Doctrin nicht selten auf diese zurückgeführt wird.

stellende Bedingung ihrer Einwilligung voraus. Wenn hierüber ein Irrthum obwaltet, so macht er den Vergleich . . . unwirksam.« (Zeiller IV. S. 64, 73.) Danach sind §. 1385 (und gegensätzlich §. 1387) als Ausflüsse dieser Erwägungen gedacht. Damit hängt auch §. 1389 i. f., und wohl auch §. 937 zusammen [1]); ob auch §. 1388, ist fraglich. Der Cod. Theres. I. 6, Nr. 451 ff. führt zwar den damit nahe verwandten Rechtssatz des §. 242 auf einen Vorbehalt zurück, aber nicht auf einen Vorbehalt der Parteien, sondern auf einen vom Gesetz gemachten Vorbehalt.

So viel vom ersten Satz des §. 901 und seinen Consequenzen.

Sein zweiter Satz besagt nur, dass die blosse Angabe des Beweggrundes oder Endzweckes, wenn er nicht zur Bedingung gemacht ist [2]), auf entgeltliche Verträge keinen Einfluss habe. Zeiller (III. S. 86) führt dazu das Beispiel an: »Wer dem Pferdehändler erklärt, dass er von ihm ein Reitpferd kaufe, weil das seinige nicht wieder geheilt werden kann, muss es behalten, wenn auch das seinige wieder hergestellt wird.« Im Schlusssatz des §. 901 wird endlich eine Ausnahme von der Regel des zweiten Satzes gemacht, die in den früheren Gesetzgebungsarbeiten so noch nicht enthalten war: »Bei den unentgeltlichen (Verträgen) aber sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.« Damit wird das bisher gefundene Ergebniss insofern noch um ein Namhaftes erweitert, als unentgeltliche Verträge unter Umständen selbst da ihren Halt verlieren können, wo nicht einmal die Voraussetzungen des ersten Satzes des §. 901, ja vielleicht

[1]) Die Unwirksamkeit allgemeiner Verzichtleistungen wird ja schon sehr frühzeitig auf die Clausel zurückgeführt.

[2]) Was dazu gehöre, um den Bewegungsgrund oder Endzweck im Sinne des ersten Satzes des §. 901 zur Bedingung zu machen, das eben sollten die im Text vorausgegangenen Ausführungen klar machen. Sind sie richtig, so versteht sich von selbst, dass Pfersche, Irrthumslehre S. 224, dazu mehr verlangt als das Gesetz.

nicht einmal »dergleichen Aeusserungen« vorliegen, wie sie in seinem zweiten Satze genannt sind [1]).

Dass und warum in der hier fraglichen Beziehung ein tiefgreifender Unterschied zwischen Willenserklärungen (Zuwendungen) unter Lebenden und auf den Todesfall gemacht werden muss, ist schon oft entwickelt worden [2]), und der Hauptsache nach dachte schon Zeiller darüber kaum anders als die heutigen Juristen. Wenn dennoch im B.G.B. der Unterschied anders gemacht, wenn auf die eine Seite nur die entgeltlichen Verträge, auf die andere nicht nur die letztwilligen Erklärungen, sondern auch die unentgeltlichen Verträge gestellt wurden, so war dafür massgebend, dass Alles, was zum zweiten Glied dieser Eintheilung gereiht wurde, Begünstigungen enthält, die »besondere Willensgründe« voraussetzen [3]), während die entgeltlichen Verträge (im österr. Recht mit den gegenseitigen verwechselt) ihre causa in der Gegenleistung finden. Darum wurde auf unentgeltliche Verträge, wie auf letztwillige Anordnungen der im §. 572 enthaltene Rechtssatz angewendet: Ist erweislich, dass der Wille des Zuwendenden »einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe« [4]), so ist die letztwillige Zuwendung ungiltig, bezw. der Contrahent kann vom Vertrage abgehen. Dafür spricht auch, dass gewollt nur war, wofern der Beweggrund zutraf: »der Inhalt des Motivs ist in den Inhalt des Willens aufgenommen und kommt gar nicht als Motiv, sondern als Beschränkung des Willens in Betracht . . .« [5]). War nun dieser irrige Beweggrund die Vorstellung einer gewissen Gestaltung bestimmter (insbesondere künftiger) Verhält-

[1]) Denn die falsa causa muss nicht nothwendig in der Erklärung »angegeben« sein. Unger, Erbrecht §. 13 Anm. 3, Pfersche S. 81.

[2]) Vgl. namentlich Windscheid, Voraussetzung S. 82 ff.

[3]) Zeiller III. S. 86.

[4]) Der ähnlich aussehende §. 363 westg. G.B. II. hatte einen anderen Sinn, da er Irreführung des Testators voraussetzt.

[5]) F. Hofmann, Die Lehre vom Titulus und Modus adquirendi . . . Wien 1873, S. 102.

nisse und erweist sich diese Vorstellung als irrig, dann lässt sich auch dieser Fall unter die Clausel rebus sic stantibus subsumiren. Zeiller's Begründung steht denn auch grossentheils auf diesem Boden: sein stärkster Grund (II. S. 446) ist der, »dass mit dem einzigen und vollständigen Grund auch das Gegründete wegfallen müsse« (arg. L. 93 [92] D. de hered. inst. 28. 5) [1]).

§. 17. Die Regelung, welche die »Verabredung eines künftigen Vertrages« [2]) im B.G.B. gefunden hat, weicht weit ab von allem, was die Vorarbeiten darüber enthielten. Noch in der ersten Lesung, der das westgal. G.B. zu Grunde lag (1801—1806), kam kein dem auch nur ähnlicher Beschluss zu Stande. Erst gegen das Ende der zweiten Lesung (Sitzung vom 21. December 1807, Prot. II. S. 452) beantragte Pratobevera, für mehrere Ansprüche, darunter auch den aus Verträgen, »in denen erst eine Verbindlichkeit zugesagt wird«, eine kürzere Verjährungsfrist zu bestimmen. In der That wurde sofort für die Bestreitung der vorgenommenen Theilung einer gemeinschaftlichen Sache eine Frist von drei Jahren beschlossen (§. 1487 B.G.B.). In der nächsten Sitzung (28. December 1807, Prot. II. S. 463) kam Zeiller auf jene Anregung zurück; aber was er beantragte und was auch beschlossen wurde, enthält überhaupt nichts von einer Frist, sondern stimmt sachlich überein mit dem ersten Satze des §. 936, der auch sofort in das Hauptstück: »Von Verträgen überhaupt« eingereiht wurde. Der Schlusssatz: »Ueberhaupt muss auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen« — ist nach einer Randbemerkung

---

[1]) Ueber den Unterschied zwischen dem im Text besprochenen Fall und dem der von Zeiller allegirten Pandektenstelle bezüglich des Verhaltens des Irrthums zu den Motiven der getroffenen Verfügung vgl. Pfaff und Hofmann, Comm. II. S. 119 f.

[2]) So heisst der (von Thöl und seither ziemlich allgemein so genannte) Vorvertrag im B.G.B.

Zeiller's im Protokoll vom 11. December 1809 (Prot. II. S. 559) erst in der letzten Sitzung der dritten Lesung beschlossen worden, deren Protokoll bisher nicht aufzufinden war. Da aber diese Bemerkung sich auf ein Conclusum ad §. 1466 damaliger Zählung (= §. 1487 B.G.B.) beruft, so ist sie ohne Zweifel richtig. Danach ist wohl sehr wahrscheinlich, dass die Gesetzesverfasser die Jahresfrist für eine Verjährungsfrist gehalten haben. Da dies aber im G.B. nicht einmal angedeutet ist, und diese Auffassung zu dem sehr unbefriedigenden Ergebniss führen würde, die Frist aller Verlängerungen theilhaft zu machen, die durch Hemmungs- und Unterbrechungsgründe der Verjährung bewirkt zu werden vermögen [1]), während ihr zu Tage liegender Zweck doch der ist, die bindende Kraft des Vorvertrags auf eine kurze, von jedem Contrahenten sofort berechenbare Frist zu beschränken, so darf jene Annahme, trotzdem sie auch später Vertretung gefunden hat [2]), als verfehlt angesehen werden; die Jahresfrist ist vielmehr eine Präclusivfrist [3]).

Es kann hier nicht meine Absicht sein, alle die zahlreichen, meist bestrittenen Fragen, mit denen sich die neuere

---

[1]) Hienach würde, wenn ein Ehepaar am Hochzeitstage einen Vorvertrag geschlossen hätte, die Jahresfrist am Tage seiner goldenen oder diamantenen Hochzeit noch gar nicht einmal zu laufen begonnen haben (§. 1495)!

[2]) So z. B. durch Regelsberger, Civilr. Erört. S. 133, und in Endemann's Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II. (1882) S. 420 Note 16. Im bair. Entw. II. Art. 18 ist von der Klage aus Vorverträgen überhaupt, im sächs. G.B. von der Klage aus einem pactum de commodando, de mutuo dando und de deponendo (§§. 1069, 1174, 1261) ausdrücklich gesagt, dass sie in der Jahresfrist verjährt. Vgl. noch Schweiz. Obl.R. Art. 331, Entw. eines a. deutschen Ges. über Schuldverh. Dresden 1866, Art. 524, hess. Entw. IV. Art. 86.

[3]) Unger, System II. S. 276 Note 78, S. 278 Note 79, v. Schey S. 38 Note 12. So auch Hasenöhrl, Oesterr. Obl.R. II. S. 596 Note 31 Nr. 4 (wo auch weitere Literaturnachweisungen), jedoch mit einer Begründung, die selbst beweisbedürftig ist, nämlich weil »das Dringen auf Erfüllung« nicht gerade ein klageweises Dringen sein müsse. Sollte wirklich eine in der Jahresfrist erfolgende Aufforderung zum Abschluss des Vertrages genügen, die Frist (im Widerspruch mit ihrem im Text bezeichneten Zweck) auf mehrere Decennien zu verlängern?

Literatur des Vorvertrags [1]) beschäftigt, zu untersuchen; doch muss ich allerdings die Stellung wenigstens bezeichnen, die ich zu einigen derselben einnehme.

Auch mir erscheint der Vorvertrag als ein gegenwärtiger Vertrag, der den Abschluss eines künftigen Vertrages verspricht. Danach könnte der in Aussicht gestellte (der Haupt-) Vertrag auch ein dinglicher oder familienrechtlicher sein. Für das österreichische Recht aber beruht es nicht nur auf wohlbegründetem Herkommen oder auf Zweckmässigkeitsrücksichten, wenn von Vorverträgen nur da gesprochen wird, wo der Hauptvertrag ein obligationenrechtlicher, und zwar ein selbständiger, nicht ein Nebenvertrag ist. Zu dieser Begrenzung sind wir genöthigt, weil wir bei weiterer Ausdehnung des Vorvertrages mit zweifellosen Rechtsvorschriften in Widerspruch kämen: Nach dem nicht verengerten Begriff des Vorvertrages wäre der Verkauf ein Vorvertrag, die Tradition, zu deren Vornahme der Verkauf verpflichtet, der Hauptvertrag; wer aber könnte es für möglich halten, dass der Verkauf, um zur Tradition wirksam zu verpflichten, den Vorschriften des §. 936 entsprechen müsse! Ebenso steht die Nebenberedung des Wiederkaufs unter den Regeln des §. 1068 ff., nicht aber unter denen des §. 936, und auch das Eheverlöbniss ist nicht an die Schranken des letzteren gebunden, wenn auch seine Regelung

---

[1]) Angeführt bei Hasenöhrl a. a. O. I. (2. Aufl. 1892) §. 52 Note * (S. 668). Dazu Kohler, Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883, Nr. 2, S. 44 ff., und im Archiv f. bürgerl. R. II. S. 211 ff., v. Schey a. a. O., bes. S. 36 ff., 172 ff., 189 f., 227 f., Note 10. 12, S. 298, K. Adler in Ihering's Jahrb. XXXI. S. 190 ff., Dernburg, Pand. 5. Aufl. II. S. 27 f., 233. Die bei Hasenöhrl genannte Abh. von Degenkolb ist (1887), erweitert durch »Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag« (wo S. 52 f. noch weitere Literatur angeführt und besprochen wird), wieder abgedruckt im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 71, S. 2—92. (Ich citire nach diesem Abdruck.) Mehrere der angeführten Schriften beschäftigen sich auch mit der Frage, ob und wieweit das moderne Recht Realverträge kenne, eine Frage, die in der That mit der von den Vorverträgen mehrfache Berührungspunkte hat. Darüber vgl. Brinz, Krit. Blätter I. S. 18 ff., und die bei Hasenöhrl I. §. 26 Note * verzeichnete Literatur und die in Note 36 ebenda gegebene Uebersicht.

in einzelnen Punkten mit der des Vorvertrages Aehnlichkeit hat [1]).

Auch in dieser Begrenzung unterscheidet sich der Vorvertrag vom Hauptvertrag durch die Verschiedenheit seines Gegenstandes. Der Hauptvertrag geht auf ein dare, facere, praestare, der Vorvertrag auf ein contrahere, d. h. auf das dem in Aussicht genommenen Hauptvertrag entsprechende Mitwirken zum Vertragsabschluss [2]). Der Hauptvertrag ist meist ein Realcontract; aber der Abschluss eines Realcontractes ist möglich, auch ohne dass ihm ein Vorvertrag vorausginge [3]). Der Hauptvertrag kann aber auch ein Consensualcontract sein [4]); dass dies bestritten wurde, beruht auf einer Verwechslung des abstracten Wollens mit der Abgabe der concreten Willenserklärung. Wer mir verspricht, mir sein Haus X binnen sechs Monaten um 20000 Gulden zu verkaufen, ist freilich schon jetzt des Willens, mir diese Sache künftig zu übereignen; da er aber aus dem Vorvertrag noch zu nichts anderem verpflichtet ist, als zur Abgabe jener Willenserklärung, die man Verkaufen nennt, so hat er vor Abgabe derselben eben noch

[1]) Krainz, Syst. des österr. allg. Priv.R. 2. Aufl. 1894. II. §. 313, S. 52; vgl. auch Degenkolb a. a. O. S. 25.

[2]) Dass dieses Mitwirken immer in einem Versprechen bestehen müsse (Kohler, Abh. S. 58), ist gewiss unrichtig.

[3]) A. M. Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. I. Leipz. 1879, S. 781. Aber man denke z. B. an die darlehensweise Zusendung einer Geldsumme an einen in Geldverlegenheit befindlichen Freund ohne vorausgehende Vereinbarung, ja ohne sein Ansuchen. Andere Beispiele bei Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 371.

[4]) Thöl S. 782. Zeiller III. S. 149 spricht von Vorverträgen, in denen der Abschluss eines Kauf- oder Dienstvertrages versprochen wird. (Vgl. auch z. B. Entsch. d. O.G.H. [pactum de vendendo] in G. Halle 1895 Nr. 22.) Vorverträge dieser Art sind besonders dann von Bedeutung, wenn es sich um eine Mehrheit in Aussicht genommener Hauptverträge handelt, die sich zur Zeit des Abschlusses des Vorvertrages noch nicht ganz genau bestimmen lassen; trotzdem »die wesentlichen Stücke« des Hauptvertrages schon im Vorvertrage bestimmt sein müssen (§. 936), sind doch solche Geschäfte auch nach österr. Rechte möglich; z. B. ein Fabrikant verpflichtet sich, einem bestimmten Abnehmer alle seine Fabrikate bei rechtzeitiger Bestellung gegen den jeweiligen Marktpreis während einer bestimmten Zeit zu überlassen. Dernburg, Pand. II. S. 27.

nicht verkauft [1]). Danach ist denn auch einleuchtend, dass der Vorvertrag durchaus selbständig und in sich selbst vollendet ist; im System des Rechts ist er nicht in die Lehre vom Vertragsabschluss zu stellen, denn geschlossen wird er ganz so, wie der Hauptvertrag, vielmehr ist er zu erörtern bei den Arten der obligatorischen Leistungen. Präparatorisch ist er nur insofern, als durch ihn Vorsorge getroffen wird für künftige Bedürfnisse nach Dienstleistungen, Geldsummen u. dgl., und zwar meist so, dass man dabei nicht genöthigt ist, von dem durch ihn erlangten Recht Gebrauch zu machen; dieser präparatorische Character ist aber nicht juristischer, sondern wirthschaftlicher Natur: man will darum noch nicht mehr, als eine Verpflichtung des Anderen zum contrahere, weil man zur Zeit nicht mehr braucht.

Ob sich durch den Vorvertrag nur einer oder beide Contrahenten zur Eingehung des Hauptvertrages verpflichtet haben, ist quaestio facti. Beim Commodat wird der Vorvertrag fast immer nur eine Verpflichtung des künftigen Commodanten [2]), beim Depositum meistens nur eine solche des Verwahrers zu erzeugen bestimmt sein [3]). Von besonderer Wichtigkeit wird die Frage beim Darlehen: Hier kann der Vorvertrag entweder nur den die Gewährung des Darlehens Zusagenden verpflichten sollen (pactum de mutuo dando), oder nur den Darlehenswerber (pactum de mutuo accipiendo) [4]), oder auch beide zumal.

---

[1]) Degenkolb S. 71.

[2]) Mit Recht bemerkt v. Schey S. 190, dass hier der Vorvertrag keine nennenswerthe Rolle spielt, ja dass solche Vorberedungen im Leben meist als unverbindlich angesehen werden. Als einen juristisch interessanten Fall nennt er den, dass nach Ablauf der Leihezeit dem Entlehner ein anderer Gebrauch derselben Sache verstattet wird, was je nach den Umständen entweder Verlängerung des ersten Commodats oder ein Vorvertrag sein kann, der einem neuen Leihvertrag vorausgeht.

[3]) Möglich sind aber auch zweiseitige oder nur den Hinterleger verpflichtende pacta de deponendo, da der Verwahrungsvertrag auch entgeltlich sein kann; v. Schey S. 298.

[4]) Das Interesse, das der Capitalist an der Annahme seines Geldes hat, kann nicht nur in der Verzinsung, sondern auch in der sicheren Placirung des

Grade dieser Unterschied wird für unsere Untersuchung darum wichtig, weil nur jener Contrahent, der als der (oder ein) aus dem Vorvertrag Verpflichteter erscheint, einen Anlass haben kann, sich auf die Clausel zu berufen; wer aus dem Vertrag nur berechtigt ist, bedarf der Clausel nicht, denn ihm steht es frei, von seinem Recht keinen Gebrauch zu machen, einerlei, ob die Umstände sich verändert haben oder nicht.

Wer nun als der aus dem Vorvertrag Verpflichtete erscheint, kann grundsätzlich zur Erfüllung seines Versprechens angehalten werden. Erfüllung seines Versprechens — das ist die wirkliche Abschliessung des Hauptvertrages. Der Capitalist, der ein Gelddarlehen zu gewähren versprach, schuldet bei Leibe nicht die Geldsumme; wenn er zur Erfüllung seines Versprechens das Geld nun zuzählt, so geschieht das, um den Darlehensvertrag, den er einzugehen sich verpflichtet hatte, zum Abschluss zu bringen, es geschieht also credendi causa; er erfüllt zwar durch sein Mitwirken zum Abschluss des Darlehensvertrages die im Vorvertrag übernommene Pflicht, aber er macht sich erst dadurch in dem Hauptvertrag zum Gläubiger. Und wenn der Paciscent, der ein pactum de mutuo accipiendo geschlossen hat, das ihm zugezählte Geld in Empfang nimmt, so hat auch er damit nur die ihm obliegende Mitwirkung zum Abschluss des Hauptvertrages bewerkstelligt, und das Geld, das er erhalten hat, ist credendi causa hingegeben, der Empfang desselben hat ihn zum Darlehensschuldner gemacht. Wie sehr es aber dabei nur auf die Mitwirkung zum Geschäftsabschluss und wie so gar nicht auf die Zuwendung des Geldes ankam, zeigt sich am deutlichsten darin, dass der Creditgeber, der in solchem Falle das Geld zu Gericht erlegen würde, sich dadurch weder liberiren, noch den Anspruch auf die vereinbarte

(unverzinst bleibenden) Capitals liegen, die ihm die Mühe erspart, andere Anstalten für die Verwahrung zu treffen; selbst das ist denkbar, dass Jemand ein Interesse hat, ein Guthaben bei einem Anderen zu haben. Sintenis, Das pract. gemeine Civilrecht. 3. Aufl. II. §. 108 Note 6, S. 512, Adler a. a. O. S. 260 Note 85.

Zinszahlung erlangen würde [1]). Diese Auffassung, dass das contrahere selbst (nicht nur die Interesseleistung) in obligatione sei, ist zwar nicht unbestritten [2]), aber trotz L. 68 D. de V. O. 45. 1 auch von vielen gemeinrechtlichen Juristen vertreten [3]). Danach richtet sich denn auch die (vor der deutschen C.P.O. sehr bestritten gewesene) Frage der processualen Durchsetzung des Anspruchs. Soweit es sich um das österreichische Recht handelt, zweifelte schon Zeiller (IV. S. 150), da für unseren Fall keine besondere Bestimmung gegeben war, nicht daran, dass der Verpflichtete zur Abschliessung des Vertrages oder zum Ersatz des erweislichen Schadens angehalten werden könne; daran haben auch die Späteren festgehalten [4]). Was aber die processualen Mittel angeht, so war die Anwendbarkeit der ad factum praestandum schon im älteren Processrecht gewährten Mittel auch für unseren Fall kaum zweifelhaft; dagegen wurde der Möglichkeit, dass der Richter den Hauptvertrag für abgeschlossen erklären könne, nur selten gedacht [5]). Jetzt — nach der Executionsordnung vom 27. Mai 1896 Nr. 78, §. 367 — werden rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, zu deren Abgabe der Execut nach dem vollstreckbaren Urtheil oder sonstigen Executionstitel verpflichtet ist [6]), als abgegeben

[1]) v. Schey S. 175.

[2]) S. z. B. Regelsberger, Civ. Erört. S. 130 f., in Endemann's Handb. II. S. 419 Note 15, Brinz, Pand. 2. Aufl. IV. S. 326.

[3]) Degenkolb S. 43 ff., Dernburg II. S. 28 (anders aber, jedoch nur auf Grund der Interpretation des Parteiwillens, beim pactum de mutuo accipiendo, S. 233), Göppert in der krit. Vierteljahrschr. XIV. S. 410, Kohler a. a. O. S. 52 ff., Bechmann, Der Kauf II. (1884) S. 271 f., Seuffert, Archiv II. Nr. 165 (Dresden), X. Nr. 37 (Wiesbaden).

[4]) Es ist wohl auch nicht anders gemeint, wenn es bei Stubenrauch, Comm. 6. Aufl. II. S. 123, heisst, dass »die Parteien auf die Vollziehung der gemachten Zusage, d. h. auf die wirkliche Abschliessung des verabredeten Vertrages (nicht sogleich auf die Erfüllung desselben, inwieferne diese nicht, wie bei Realverträgen, mit der Abschliessung zusammenfällt) dringen können«. Wörtlich genommen, wäre ja die Erfüllung des verabredeten Vertrages bei dem Darlehen dessen Rückzahlung.

[5]) Sie ist bei Hasenöhrl S. 670 genannt.

[6]) Also auch die den Hauptvertrag zum Abschluss bringende Erklärung bei Consensualcontracten.

angesehen; insofern jedoch diese Verpflichtung von einer Gegenleistung abhängig ist, setzt diese Rechtsfolge die Bewirkung der Gegenleistung voraus [1]); dagegen wird (§. 359 ebenda) der Anspruch auf eine Handlung, die durch einen Dritten vorgenommen werden kann und deren Vornahme ausschliesslich von dem Willen des Verpflichteten abhängt, durch Geldstrafen oder Haft erzwungen. Durch beide Bestimmungen aber wird (§. 368 ebenda) der Anspruch des Exequenten auf Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit oder auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens nicht berührt [2]).

Die Erzwingung der in einem Vorvertrag übernommenen Verpflichtung ist aber nur dann zulässig (der Vertrag »ist nur dann verbindlich«, §. 936), wenn

1. »die Zeit der Abschliessung« des Hauptvertrages bestimmt ist, was ebensogut durch einen Zeitraum, wie durch einen Zeitpunkt geschehen kann. Ist das im Vorvertrag nicht geschehen, so tritt nicht die Dispositivvorschrift des §. 904 B.G.B. ein, wonach die Erfüllung des Vorvertrages, d. h. der Abschluss des Hauptvertrages »sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub gefordert werden« könnte, sondern der Vorvertrag ist unverbindlich [3]). Sodann müssen

---

1) Adler S. 256 will, gegen die herrschende Ansicht, wegen des (sachlich mit §. 367 cit. übereinstimmenden) §. 779 R.C.P.O. die Leistung aus dem Hauptvertrag, auch wenn er nicht geschlossen wurde, sofort fordern lassen, sobald seine Abschliessung gefordert werden kann und nach dieser die Leistung fällig wäre. Im Interesse der Kostenersparung liegt das ohne Zweifel, aber es entspricht nicht den Worten und dem Sinn des Gesetzes, welches den Vertrag als abgeschlossen ansieht, »sobald« (nicht früher und nicht später) das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, ohne neue Offerte und ohne neue Acceptation. Bechmann a. a. O. S. 272.

2) Vgl. Degenkolb S. 47 f.

3) In den Quellen des gemeinen Rechtes findet sich ein solcher Rechtssatz ausdrücklich nicht, die Doctrin postulirt ihn aber als eine aus der Natur der Sache sich ergebende Bestimmung. Bechmann S. 273 f.: ». . . wäre es den Parteien um sofortige Erfüllung zu thun, so dürften sie ja nur den Hauptvertrag selbst abschliessen.« Wo nur vereinbart ist, »irgend einmal« abzuschliessen, da ist »die Ernstlichkeit der Absicht überaus fraglich; vielfach

2. »die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt« sein. Schon diese Fassung des Gesetzes zeigt, dass diesem Erforderniss nicht schon dann genügt ist, wenn die Höhe der Belastung des Promittenten nicht von der unbeschränkten Willkür des Promissars abhängt [1]); vielmehr müssen alle Elemente des Hauptvertrages, die sich nicht durch ein Dispositivgesetz suppliren lassen, deren Fehlen also den Hauptvertrag nichtig machen würde, schon aus dem Inhalt des Vorvertrages zu erkennen sein, so dass sein Inhalt im Streitfalle richterlich festgestellt werden kann [2]). Damit ist von selbst gegeben, dass die Bestimmtheit eine ausreichende ist, wenn z. B. der (derzeit nicht bekannte) Preis, der bei einer früheren Veräusserung dieser Sache bedungen worden war, zur Bestimmung des Preises dienen, oder der Preis sich nach dem ordentlichen Marktpreis richten soll (§. 1058 B.G.B.); auch kann die Bestimmung des Preises einer dritten Person überlassen werden (§. 1056 f.), ja der Lohn kann auch ganz unbestimmt bleiben (§. 1152).

3. Kraft der Clausel rebus sic stantibus kann der Verpflichtete sich der Erfüllung des Vorvertrages von Rechtswegen entschlagen, wenn — dies ist die specielle Formulirung der Clausel für diesen Fall — »die Umstände inzwischen dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird«. Denn, sagt Zeiller (III. S. 149 f.), man

---

sind gerade derartig unbestimmte Zusagen nichts als höfliche Ablehnungen«. Nicht ganz so weit geht Degenkolb S. 47; doch nimmt auch er an, es werde in den meisten Fällen erwartet, dass der Gläubiger sich so oder anders bald entschliesse und da sei es eine Auslegungsfrage, ob ein längeres Verhaftetbleiben der Parteiabsicht entspreche.

[1]) Dies nehmen an Göppert a. a. O. S. 417, Regelsberger in Endemann's Handb. II. S. 418.

[2]) Krainz II. S. 51, Beseler, Erbverträge II/1, S. 60 f., Dernburg S. 27 f., Adler S. 260, Bechmann S. 273: »mit derjenigen Bestimmtheit ... die auch von der (rechtlich relevanten) Offerte verlangt wird.« Vgl. auch oben S. 342 Note 4.

kann »vernünftigerweise nicht vermuthen, dass Jemand unter solchen veränderten Umständen sich noch zur Abschliessung des Vertrages verbindlich machen wollte; z. B. wenn der gewählte Diener zur Zeit des Eintritts schwer erkrankt, oder der Dienstherr durch Unglücksfälle ausser Stand gesetzt ist, einen Diener aufzunehmen, oder wenn der künftige Anleiher in Concurs verfällt u. dgl.« In Fällen dieser Art wäre nach österreichischem Recht anders zu entscheiden, wenn die Umstände erst nach Abschliessung des Hauptvertrages in der bezeichneten Weise verändert wurden. An diesen Punkt knüpft ein Tadel an, den der §. 936 erfahren hat. Es sei doch — so wurde gesagt — mit jeder in die Zukunft hinausgreifenden Verfügung die Gefahr einer Aenderung der Umstände verbunden; warum solle der mehr Rücksicht und Schutz geniessen, der Credit zu gewähren nur versprochen hat, als der, der ihn schon gewährt hat [1]) — eine Frage, die sich meines Erachtens schon aus dem ganz befriedigend beantworten lässt, was oben S. 342, 343 bemerkt wurde. Meistens aber wird der österreichische Rechtssatz nicht nur gebilligt [2]); hervorragende Juristen, auch solche, denen man Voreingenommenheit für die Clausel rebus sic stantibus gewiss nicht vorwerfen kann, vertheidigen ihn als geltend für das gemeine Recht (wenn auch nicht in der Allgemeinheit, in der er im §. 936 aufgestellt ist) als Ausfluss vernünftiger Auslegung des Parteiwillens [3]). Von Vorverträgen, die auf Abschluss eines Creditgewährung bezielenden Hauptvertrages

---

[1]) Göppert S. 427. Aus anderem Grund findet Regelsberger, Civilr. Erört. S. 133, die weitgehende Anfechtung nach §. 936 bedenklich: »nur eine wahre Unredlichkeit in dem Verhalten des einen Vertragstheils berechtige den anderen, den Abschluss des Vertrages zu weigern,« und ausserdem der Umstand, dass die andere Partei nicht alle von ihr zugesagte Verbindlichkeit übernimmt, insbesondere die zugesagte Sicherheit nicht bieten kann. Mit beiden Momenten ist aber die Frage auf ein ganz anderes Gebiet verlegt.

[2]) Unger, System II. S. 160, der revidirte (sächs.) Entw. eines B.G.B. (1861) S. 91, Beseler a. a. O. und der dazu gehörenden Note.

[3]) So Thöl a. a. O. S. 782, Regelsberger in Endemann's Handb. II. S. 419.

gerichtetet sind, sagt Degenkolb S. 47, es könne »verstanden sein, ja es werde sich dieses durchschnittlich als Meinung ergeben, dass der Credit im Hinblick auf die gegenwärtige Vermögenslage des künftigen Schuldners versprochen sei«, und eben dies und Aehnliches habe der Clausel rebus sic stantibus in der älteren Praxis Halt gegeben und neuere Gesetzgebungen zur Aufstellung entsprechender Durchschnittsregeln veranlasst. Noch bestimmter erklärt Dernburg (S. 233), das pactum de mutuo dando sei in der Regel von der stillschweigenden Bedingung abhängig, »dass der Empfänger des Darlehens zur Zeit der Auszahlung der Valuta nicht creditunwürdig sei; dieses entspreche der vermuthlichen Meinung des Promittenten, denn man will leihen, nicht verlieren«. Nur sei es, wenn er Creditunwürdigkeit behauptet, seine Sache, Thatsachen zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass die bei der Zusage unterstellte Creditwürdigkeit des anderen Theiles schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht bestand, oder dass sie später aufgehört habe. Damit ist sogar hinausgegangen über die Worte [1]) des §. 936, denen es, da sie eine »inzwischen« eingetretene Aenderung der Umstände verlangen, nicht genügen würde, wenn jene Umstände, die den Zweck vereiteln oder das Vertrauen untergraben, schon zur Zeit des Abschlusses des Vorvertrages vorhanden und nur dem Contrahenten nicht bekannt waren.

Nach österreichischem Recht ist die Clausel wirksam nicht nur bei dem pactum de mutuo dando und nicht nur bei den Verträgen, durch die man Credit zu gewähren verspricht [2]),

---

[1]) Schwerlich auch über die wahre Meinung des Gesetzes. Man kann — mit Zeiller zu sprechen — »vernünftigerweise auch nicht vermuthen«, dass, wer dem A. ein Darlehen von 10000 Gulden zugesagt hat, »sich noch zur Abschliessung dieses Vertrages verbindlich machen wollte,« wenn er erfährt, dass der Creditwerber, den er für einen wohlsituirten Mann hielt, schon zur Zeit der Zusage insolvent oder ein Verschwender war. Vgl. auch Gierke, Der Entw. eines B.G.B. und das deutsche Recht. Leipz. 1889, S. 236.

[2]) Nicht ohne Grund erhebt v. Schey S. 173 Bedenken gegen die Unterstellung des Crediteröffnungsvertrages unter die Kategorie des pactum de

sondern sie wird ganz allgemein bei allen Vorverträgen zu Gunsten des oder der Verpflichteten zugelassen, also auch bei solchen, die die Abschliessung eines Consensualvertrages versprechen. Die Fassung der Clausel ist weit: Ist der Zweck »hervorleuchtend«, also gewiss auch dem anderen Theile erkennbar, so genügt es, dass er der Zweck des aus dem Vorvertrage Verpflichteten (bezw. des einen Verpflichteten) war, denn es ist nicht (wie im A.L.R.) unterschieden, ob es sich um einen Zweck beider Theile oder nur eines Contrahenten handle. Die Fälle insbesondere, wo »das Zutrauen verloren wird«, sind hauptsächlich jene, wo der Zurücktretende besorgen muss, dass die Leistung, die er aus dem Hauptvertrag zu fordern haben würde, überhaupt nicht oder nicht in gehöriger Weise (unvollständig, nicht gehörig qualificirt) erfolgen werde, so dass er gewärtigen muss, an seinem Contrahenten schlimme Erfahrungen zu machen [1]).

Da der Depositar berechtigt ist, die zur Verwahrung schon übernommene Sache vor der Zeit zurückzustellen, wenn ihn »ein unvorhergesehener Umstand ausser Stand setzt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren« (§. 962), so wird der nämliche Fall, wenn er noch vor dem Abschluss des Verwahrungsvertrages eintritt, ihn

---

mutuo dando (weil er auf Creditirung in ganz verschiedenen Formen, nicht nur der der Darlehensgewährung geht), ja auch gegen seine Subsumirung unter die Vorverträge überhaupt, weil schon die Eröffnung des Credits im Geschäftsleben als eine wirthschaftliche Leistung eigener Art gilt. Doch versteht sich auch in der Praxis die Anwendung der Clausel von selbst: tritt eine Gefahr ein, so wird der Credit fernerhin nicht ohne Sicherstellung gewährt.

[1]) Eine specielle Anwendung findet dies im §. 1210 B.G.B. (oben S. 335 Note 4). Die Redactoren hatten — soweit übereinstimmend mit dem westgal. G.B. III. §. 309 — beschlossen, es solle ein Gesellschafter (auch dann) ausgeschlossen werden können, wenn er durch ein Verbrechen Einfluss und Credit verliere. Diesen Beschluss griff Sonnenfels, nicht ohne Erfolg, mit dem Argument an, dass z. B. ein Todtschlag, dessen der Gesellschafter sich schuldig macht, weder das eine noch das andere entziehe; vielmehr handle es sich nur darum, dass durch das Verbrechen das Vertrauen in diesen Socius zerstört werde (Prot. II. S. 426). Daran lehnt sich die Note 4 cit. mitgetheilte Bemerkung Zeiller's an.

nicht weniger von der Erfüllung des pactum de deponendo entheben [1]).

Von einer Entschädigung, die der Contrahent zu leisten hätte, der die Veränderung der Umstände durch seine freie That herbeigeführt hat, ist im Gesetz nicht die Rede; nicht als ob eine solche ausgeschlossen wäre; aber sie richtet sich eben nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts, es bestehen für sie keine aparten Rechtsregeln.

Zu den Umständen, die den Zweck vereiteln können, gehört der Regel nach der Tod eines der Contrahenten nicht (§. 918 B.G.B.); wo aber der intendirte Hauptvertrag durch den Tod erlöschen würde, da muss das Gleiche auch von dem Vorvertrag gelten.

Wie schon bemerkt, erscheint das Eheverlöbniss im österreichischen Rechte insofern nicht als ein Vorvertrag, als es den Grundsätzen des §. 936 nicht unterliegt. Niemand wird es darum für ungiltig halten, weil es noch keine (wie immer geartete) Vereinbarung über die Zeit der Abschliessung der Ehe enthält; und wenn es eine solche enthält, so wird doch Niemand glauben, dass es durch den Ablauf eines Jahres (von dem Eintritt des bestimmten Zeitpunktes gerechnet) an der ihm zukommenden rechtlichen Kraft auch nur das Mindeste verloren habe. Während ferner der giltige Vorvertrag eine Verpflichtung zur Abschliessung des Hauptvertrages erzeugt, zieht das Verlöbniss »keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich, weder zur Schliessung der Ehe selbst, noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist« (§. 45 B.G.B.). Schon danach ist klar, dass auch die Clausel im Sinne des §. 936 hier keine Anwendung findet: Um das Verlöbniss durch einseitigen Rücktritt von Rechtswegen zu lösen, brauchen sich die Umstände nicht um eines Haares Breite geändert zu haben; es braucht nichts geschehen oder auch nur hervorgekommen zu sein,

---

[1]) v. Schey S. 298.

was da geeignet wäre, den Zweck zu vereiteln oder das Zutrauen zu mindern; vielmehr hat jeder Verlobte die rechtliche Möglichkeit des ganz freiwillkürlichen Rücktrittes. Und als letzter Unterschied gegenüber der Regelung des Vorvertrages ist hervorzuheben, dass hier allerdings ein eigenthümlicher Rechtssatz betreffend eine eventuelle Ersatzpflicht des einen Theils gegeben ist, der bei dem Vorvertrag fehlt: §. 46 gibt nämlich »dem Theile, auf dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist«[1]), einen »Anspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens[2]), welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann«. Grade das ist der Punkt, wo denn doch auch in dieser Lehre die Clausel eingreift.

Die Protokolle enthalten diesfalls weniger als Zeiller's Com. I. S. 174. Er erklärt unter Berufung auf J. H. Boehmer (oben S. 236 Note 2): Welche Ursachen als gegründete erscheinen, das bleibt, eben weil das Gesetz sie nicht bestimmt, »der Einsicht des Richters überlassen. Ausser den Ursachen, welche die Ungiltigerklärung, Scheidung von Tisch und Bett oder Trennung einer schon bestehenden Ehe oder die rechtmässige Versagung der Einwilligung der Vorgesetzten zu einer Ehe (§. 53 B.G.B.) begründen[3]), kann man überhaupt solche in der Person oder in dem Vermögen eines verlobten Theiles erfolgte Veränderungen, welche, wenn sie hätten vorher gesehen werden können, den anderen Theil wahrscheinlich und billig von dem Eheverlöbnisse zu-

---

[1]) Die Gesetzesworte: »entstanden ist« wurden an die Stelle der Worte: »gegeben hat« nicht etwa darum gesetzt, um auszudrücken, es müsse die Ursache erst nach dem Verlöbnisse entstanden sein — dieser Gedanke ist dem Gesetze ganz fremd — sondern ihre Aufgabe war nur die, bestimmt hervorzuheben, dass auch der an der Ursache des Rücktrittes unschuldige Theil schadenersatzpflichtig sei, wenn diese Ursache auf seiner Seite entstanden ist. Pfaff in der Zeitschr. f. d. Priv.- u. öffentl. Recht der Gegenwart. II. S. 308. Vgl. auch sächs. G.B. §. 1582.

[2]) Damit ist gemeint der Ersatz des negativen Vertragsinteresse, für welches allerdings selbst eine noch viel spätere Zeit keinen technischen Namen hatte. Es wird im B.G.B. auch im §. 248 (cf. §. 866) erwähnt.

[3]) Vgl. A.L.R. II, 1, §. 100—106 (oben S. 314 f.).

rückgehalten haben würden, als giltige Gründe des Rücktritts annehmen«[1]).

§. 18. Wie im A.L.R. ist endlich auch im österreichischen Erbrecht die Clausel mehrfach von Einfluss geworden. Die Erbunwürdigkeit nach §. 540 B.G.B. führt Zeiller II. S. 396 ausdrücklich auf den »vermutheten Willen des Erblassers« zurück. Und das ist ja richtig: So lange nicht vorliegt, dass der Erblasser die Beleidigung verziehen habe, wird jeder Unbefangene es für wahrscheinlich halten, dass der Erblasser von seinem Nachlass einen Menschen ausgeschlossen hätte, wenn er von ihm gewusst hätte, dass er sich gegen den Erblasser oder die ihm zunächst Stehenden so benommen habe, wie §. 540 voraussetzt[2]). Bei der Frage der Zulassung der Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Erbunwürdigen zur Beerbung (§. 541) machten zwei Votanten geltend, dass »man mit Recht vermuthen könne, dass der Erblasser mit dem Tode seines ihn beleidigenden Kindes auch

[1]) Vgl. auch Donner a. a. O. §. 950 (S. 189): »Wenn mit einem Theile von den Brautpersonen eine merkliche und starke Veränderung vorginge.« — Auf Grund einer ganz ähnlichen Argumentation bemühte sich Sonnenfels, dem Ehehinderniss des Irrthums ein breiteres Anwendungsgebiet zu geben: »Jeder Irrthum in Ansehung eines Umstandes, unter welchem eine gesittete und vernünftige Person nicht in die Ehe gewilliget haben würde,« sollte als wesentlich angesehen werden und die Ehe ungiltig machen (Prot. I. S. 81 ff., 85 ff.). In der Revisionshofcommission (1796) drang er mit seinen Anträgen, die grossentheils mit dem übereinstimmen, was später in Sachsen (§. 1595, 1596) Gesetz wurde, auch durch. Den Grundsatz als solchen billigte auch Zeiller (Prot. I. S. 83): Die Ehe solle ungiltig sein wegen solcher Gebrechen, »welche jeden vernünftigen Menschen, wofern sie ihm bekannt gewesen wären, von der ehelichen Verbindung abgehalten haben würden;« doch war er damit einverstanden, dass nur der eine Fall, »wenn die Braut von einem Anderen schwanger zu sein befunden wird,« in das Gesetz aufgenommen werde, wie das im §. 58 auch geschehen ist. Da aber dies Alles nirgends auf den Gesichtspunkt der Clausel zurückgeführt ist (error qualitatis), so soll es hier nicht weiter verfolgt werden.

[2]) Daraus folgt jedoch nicht, dass der Testator, wie Winiwarter, Comm. III. S. 21, meint, von der Beleidigung Kenntniss gehabt haben müsse: Pfaff u. Hofmann, Excurse II. S. 16 f.

dessen Unbilden vergessen und ihm nachgesehen habe«[1]. Auch die Erlöschung der einem Geisteskranken gemachten fideicommissarischen Substitution durch das Wegfallen seiner Testirunfähigkeit (§. 616 B.G.B.) ist »aus der Absicht des Erblassers zu vermuthen« (Zeiller II. S. 517); und wenn der Erblasser seinem Kinde, von dem er keine Nachkommenschaft erwartet, einen Fremden substituirt, dieses Kind aber erbfähige Nachkommen hinterlassen hat, so beruht das Erlöschen dieser Substitution (§. 617) gleichfalls darauf, »dass nicht zu vermuthen ist, dass der Erblasser die Substitution zum Nachtheile der Abstämmlinge seines Kindes . . . wolle bestehen lassen« (Zeiller II. S. 519). In beiden Fällen darf man annehmen, der Erblasser hätte die Substitution nicht angeordnet, wenn er hätte wissen können, dass sich die Umstände so gestalten werden, wie sie sich nun gestaltet haben. Das Nämliche gilt auch von den Präteritionen von Notherben, wenn sie darauf beruhen, dass dem Erblasser das Dasein dieser Pflichttheilsberechtigten unbekannt war (§. 777, 778 B.G.B.). Cocceji Cap. 7 §. 2 führt sie ausdrücklich auf die Clausel zurück, und Zeiller beruft sich zweimal (II. S. 793, 794) darauf, es sei »aus der gesetzlich anerkannten Ordnung der Natur zu vermuthen«, dass der Erblasser ganz anders verfügt hätte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte. Cocceji (ebenda §. 3) führt sogar Rechtssätze, wie die der §. 724 f. B.G.B. auf die Clausel zurück, in denen man doch nur gesagt finden kann, dass der Erblasser durch seine Handlung selbst zu erkennen gegeben habe, dass er eine widerrufliche Verfügung aufhebe. Von solchen Uebertreibungen hat sich Zeiller und seine Mitarbeiter freigehalten; dass sie gleichwohl unter dem Einfluss der Lehre von der Clausel standen, und die Spuren dieses Einflusses auch das B.G.B. durchziehen, glaube ich hiemit nachgewiesen zu haben.

---

[1]) Prot. II. S. 397. Doch beruht schliesslich die Beschlussfassung über diesen Paragraphen auf anderen Motiven.

Ueber das

jus novorum in der Berufungsinstanz.

Von

Emil Schrutka von Rechtenstamm.

Literatur: Wach, Die Mündlichkeit im österr. Civilprocess-Entwurf, 1895, S. 45. — Petersen, Die Entwürfe zu einer Civilprocessordnung für Oesterreich und zu den dazu gehörigen Nebengesetzen, Sächsisches Archiv für Bürgerl. Recht und Process, Bd. IV, 1894, S. 23 ff. — v. Fürstl, Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze mit Erläuterungen, 1897, S. 688, 723, 724. — Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung, 1897, S. 512, 513 ff., 542 ff., 555, 556. Vgl. auch S. 559 und Grünhut's Zeitschr. Bd. 22, S. 231 ff. — Wachtel, Erläuterungen zur Civilprocessordnung, 1897, S. 440, 441. — M. Schuster von Bonnott, Oesterreichisches Civilprocessrecht, 3. Aufl. 1897, S. 470 ff. — Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen österr. Civilprocessrecht, 1898, S. 34 ff. (Dazu Neumann-Ettenreich, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1898, Nr. 2, S. 14.) — Schimm, Zur Frage des materiellen Berufungsrechtes der neuen Civilprocessordnung, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 49 u. 50. — Stross, Der Unterschied zwischen der Appellationsanmeldung, bezw. den Appellationsbeschwerden der allg. Gerichtsordnung und der Berufungsschrift der neuen C.P.O.; Allg. österr. Ger.-Ztg., 1898, Nr. 2, S. 13. — R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz, Allg. österr. Ger.-Ztg., 1897, Nr. 51, 52, S. 401, 402. — Hervorragend: Kornfeld, Civilprocessuale Grundsätze. Studie zu dem österreichischen Regierungsentwurfe einer Civilprocessordnung vom Jahre 1893, 1893, S. 74 ff. (dazu v. Schrutka, Zeitschr. f. deutsch. Civilprocess, Bd. 21, S. 101); Kornfeld, Wort und Schrift im mündlichen Civilprocesse. Ein Beitrag zur österr. Civilprocessreform, 1895, S. 57 ff. (dazu Neue Freie Presse, Morgenblatt vom 3. Juli 1897, und v. Schrutka, Zeitschr. f. deutschen Civilprocess, Bd. 21, S. 547). — Kornfeld, Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 23, S. 266, 267. — Vgl. auch: Vorschläge des Subcomités der n.ö. Advocatenkammer zum Entwurf einer Civilprocessordnung nach dem Antrage des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses. Bearbeitet von den Referenten Dr. Ignatz Kornfeld und Dr. Otto Franckel, 1895, S. 87—90.

Der Appellation des gemeinen deutschen Processes war das sog. beneficium novorum, id est nondum deducta deducendi et nondum probata probandi eigen. Diese Rechtswohlthat gab dem Appellanten die Befugniss, das erstinstanzliche Verhandlungsstadium dadurch zu vervollständigen, dass er neue Thatsachen anbrachte und die bereits in voriger Instanz vorgetragenen besser bewies. Doch war die Zulassung von Neuerungen von der Ablegung eines Calumnieneides abhängig, durch welchen der Appellant beschwören musste, »dass er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt oder solches dermalen nicht einbringen können oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet, nunmehr aber davor halte, dass solches zur Erhaltung seines Rechtes dienlich oder nothwendig sei« (J.R.A. §. 73, 118). Dieser Eid erinnert an die restitutio propter nova reperta, und darum wird im gemeinen Rechte das Nachbringen von Neuerungen unter den Gesichtspunkt der Einfügung eines Restitutionsgesuches in das Appellationsverfahren gebracht (Wetzell, System des ord. Civilprocesses, 3. Aufl. S. 755, 756).

In den deutsch-österreichischen Ländern war der Rechtszustand zur Zeit der Abfassung der alten Gerichtsordnung kein einheitlicher. Es bestand, wie A. Menger in seiner Abhandlung: »Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1878«, nachweist, ein Gegensatz zwischen Böhmen und seinen vormaligen Nebenländern einer- und den ausserböhmischen Kronländern andererseits. In den ersteren war die Rechtswohlthat der Neuerungen von Alters her angenommen, in den letzteren die Vorführung von neuem thatsächlichem und Beweisstoff in der höheren Instanz unbedingt ausgeschlossen. Die Gerichtsordnung beider Redactionen hat diesen Gegensatz aufgehoben, indem sie für die gesammten erbländischen Provinzen die Auffassung der innerösterreichischen

Länder adoptirte. Es möge gestattet sein, die bezügliche Bestimmung, welche sich im §. 257 der allgemeinen und in dem völlig gleichlautenden §. 333 der westgalizischen Gerichtsordnung findet, hieher zu setzen:

»In der Appellationsbeschwerde soll weder ein anderer Geschichtsumstand noch ein anderes Beweismittel angeführt werden, als jene, worüber bei der ersten Instanz gesprochen worden ist; wenn dennoch dawider gehandelt würde, soll auf eine solche Neuerung keine Rücksicht getragen werden.«

Es war also im alten Rechte das im Appellationsverfahren gegen das gesetzliche Verbot vorgebrachte neue thatsächliche und Beweismaterial unbeachtet zu lassen, vorausgesetzt, dass es sich um die Abänderung und nicht um die blosse Aufhebung des angefochtenen Urtheils handelte.

War das Appellationsgericht der Ansicht, dass ein in erster Instanz angebotener Beweis durch Zeugen, Augenschein, Sachverständige oder Handelsbücher hätte aufgenommen werden sollen, so durfte es sich nicht darauf beschränken, dem unteren Richter die Beweisaufnahme aufzutragen, sondern es musste, um den Parteien nicht eine Instanz zu entziehen, das Urtheil, wie bei vorliegenden Formgebrechen, aufheben und die erste Instanz anweisen, auf Grund des vervollständigten Beweismaterials neuerlich mit der Urtheilsschöpfung vorzugehen, ohne sie hiebei an die Rechtsauffassung des Appellationsgerichtes zu binden. Nur in dem §. 27 der Vdg. der Ministerien des Aeussern und der Justiz und des Armee-Ober-Commandos vom 31. März 1855, R.G.Bl. Nr. 58, mit welcher die Vollzugsvorschriften zu der kais. Vdg. vom 29. Januar 1855, R.G.Bl. Nr. 23, betr. die Ausübung der Civilgerichtsbarkeit der k. u. k. Consulate über die österreichischen Unterthanen und Schutzgenossen im osmanischen Reiche kund gemacht werden, wird diese Instanzenfolge hintangesetzt. Hier ist die Appellation als Fortsetzung auch des Verhandlungs- und nicht bloss des Urtheilsstadiums gedacht, während sie nach den

alten Gerichtsordnungen und auch nach den sog. provisorischen Civilprocessordnungen für Ungarn und für Siebenbürgen vom 16. September und 3. Mai 1852, §. 330, nur letzteres sein soll.

Der Vorzug der alten österreichischen Appellation wird darin erblickt, dass sie im eigentlichen Sinne eine Ueberprüfung des Urtheils des unteren Richters durch den höheren auf Grund einer und derselben, nicht im geringsten veränderten, insbesondere nicht erweiterten Urtheilsgrundlage zum Zwecke hat[1]). Diese Construction setzt Schriftlichkeit des Verfahrens voraus; denn nur im schriftlichen Verfahren ist es möglich, den höheren Richter auf das Material zu beschränken, welches seiner Zeit dem unteren vorlag. Sowie man aber das Princip aufstellt, dass die erste Instanz nicht auf Grund schriftlicher Darstellung des Processstoffes, sondern soweit als möglich unmittelbar auf Grund der mündlichen Einvernehmung der Parteien und der Auskunftspersonen (Zeugen und Sachverständigen) judiciren soll, ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit: entweder der höheren Instanz eine gleiche unmittelbare Vorführung des Sachverhaltes zu ermöglichen, d. h. dem Berufungsgericht eine Erneuerung des Verhandlungsstadiums zu gestatten (sog. volle Berufung), oder aber das Berufungsgericht der Verpflichtung zu selbständiger Feststellung des Sachverhaltes zu entheben und seine Function auf die rechtliche Beurtheilung des ihm von der ersten Instanz überlieferten Thatbestandes zu beschränken (beschränkte Berufung oder revisio in jure).

Die deutsche Civilprocessordnung, dem Vorbilde der französischen und englischen Gesetzgebung folgend, hat bekannt-

---

[1]) Ungenau ist es, wenn Beck, Zehn Abhandlungen S. 32, 33, diese Ueberprüfung darauf beschränkt, ob auf den in erster Instanz unabänderlich festgestellten Sachverhalt die Gesetze richtig angewendet worden sind (sog. revisio in jure). Unsere alte Appellation war eine revisio in facto et in jure, aber auf Grund der erstinstanzlichen Actenlage.

lich die erste Alternative gewählt; der preussische Entwurf der deutschen C.P.O. und im Wesentlichen auch die österr. Entwürfe 1876—1881 hatten die zweite Alternative — jedoch nur für collegialgerichtliche, nicht auch für einzelgerichtliche Processe — vorgeschlagen.

Die neue österreichische C.P.O. kommt der deutschen insofern nahe, als auch sie es verschmäht, das Rechtsmittel zweiter Instanz als sog. revisio in jure zu construiren. Ein derartiges Rechtsmittel ist ihr überhaupt fremd. Nicht einmal das Revision genannte Rechtsmittel dritter Instanz ist, im Gegensatz zu dem gleichnamigen Rechtsmittel dritter Instanz im deutschen Recht, blosse revisio in jure. Aus dem §. 503 Z. 3 C.P.O. ergibt sich nämlich, dass die Revision auch begehrt werden kann, weil dem Urtheile des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkte eine thatsächliche Voraussetzung zu Grunde gelegt erscheint, welche mit den Processacten erster oder zweiter Instanz im Widerspruch steht. Doch darf bei dieser Ueberprüfung über die durch diese Processacten gegebenen Grenzen nicht hinausgegangen werden: neue thatsächliche Behauptungen und Beweise sind zu diesem Zwecke ausgeschlossen (§. 504 Abs. 2 C.P.O.). Im Uebrigen ist unsere Berufung keine »volle« im Sinne des deutschen, aber doch auch keine Appellation im Sinne des bisherigen österr. Rechtes. Es ist zwar neues thatsächliches und Beweismaterial nicht in demselben Umfange, wie nach der deutschem C.P.O., zugelassen, aber auch nicht, wie in der alten Gerichtsordnung, unbedingt ausgeschlossen. Auch die Berufung des heutigen österreichischen Rechtes ist nicht, wie die alte Appellation, bloss Fortsetzung und Erneuerung des Urtheilsstadiums, sondern auch, wie die deutsche Berufung, Fortsetzung und Erneuerung des Verhandlungsstadiums, insbesondere des Beweisverfahrens. Nur dass letztere in engere Grenzen eingeschlossen wird, als nach der deutschen Civilprocessordnung.

Die Aufgabe der vorliegenden Zeilen soll darin bestehen,

diese Grenzen abzustecken. Hiebei soll von dem Princip ausgegangen, dass neues thatsächliches und Beweisvorbringen in der Berufungsinstanz zulässig sei, und die Darstellung darauf angelegt werden, die Schranken, welche demselben im Gesetze aufgerichtet sind, so scharf als möglich herauszuarbeiten. Es wird sich zeigen, dass dieselben theils den Gehalt, theils die Form des neuen Vorbringens beeinflussen, also theils materielle, theils formelle sind.

Bevor jedoch daran gegangen wird, diese Schranken in unseren Gesichtskreis treten zu lassen, muss eine kleine Vorarbeit geleistet werden. Sie besteht darin, zu ermitteln, was unter Neuheit thatsächlichen und Beweisvorbringens in der Berufungsinstanz zu verstehen sei, ganz abgesehen von der Frage nach dessen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit.

Haben wir uns sodann mit den Schranken, welche dem neuen Parteienvorbringen gesetzt sind, vertraut gemacht, so soll noch die Frage beantwortet werden, ob nicht auch der Richter kraft seines materiellen Processleitungsamtes Neuerungen hereinziehen kann, und zum Schluss auf die Rechtsbehelfe hingewiesen werden, welche den Parteien zu Gebote stehen, um zurückgewiesene Neuerungen nachträglich doch noch geltend zu machen.

Obiger Disposition zufolge haben wir vor Allem die Neuheitsqualität des Vorbringens, welches uns hier überhaupt interessirt, zu bestimmen. Was ist »neu« im Sinne der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit neuen thatsächlichen und Beweisvorbringens in der Berufungsinstanz?

Wie auf die meisten Fragen, denen in dieser Abhandlung nachzugehen ist, gibt auch auf die eben aufgeworfene der §. 482 C.P.O., der so recht sedes materiae im Gesetz ist, Auskunft:

Neu im Sinne des Abs. 2 des citirten Paragraphen der neuen C.P.O. ist das Vorbringen, welches »nach Inhalt der erstrichterlichen Processacten und des Ur-

theilsthatbestandes in erster Instanz nicht vorgekommen« ist.

Es ist schon von anderer Seite bemerkt worden, dass die Worte »und des Urtheilsthatbestandes« überflüssig sind; denn auch der Urtheilsthatbestand gehört laut des §. 219 C.P.O. zu den Processacten [1]). Aber auch abgesehen hievon ist die Fassung des Gesetzes eine mangelhafte. Es ist nicht an die Processacten überhaupt, sondern nur insofern zu denken, als sie den Inhalt der mündlichen Verhandlung erster Instanz, mittelbar oder unmittelbar, beurkunden. Centrale Bedeutung unter denselben hat das Verhandlungsprotocoll. Zu diesem treten hinzu, wenn sie als Mittel zur Erleichterung des Protocollirungsgeschäftes herangezogen wurden (§. 210 C.P.O.), die vorbereitenden Schriftsätze, die Niederschriften (§. 265 C.P.O.), die Protocolle über ein vorbereitendes Verfahren vor dem beauftragten Richter (sog. Präparatorium), die Darstellung des Sachverhaltes in einem Beweisbeschlusse, insbesondere für das bezirksgerichtliche Verfahren nach §. 444 C.P.O. der Ersatz der protocollarischen Darstellung des Sachverhaltes durch die Aufnahme desselben in einen Beweisbeschluss, und nach §. 445 C.P.O. ebenso der Ersatz durch den Urtheilsthatbestand [2]). Ausser dem Verhandlungsprotocoll und den zu demselben hinzutretenden Processacten ist aber auch noch der Urtheilsthatbestand in Betracht zu ziehen, dessen legaler Zweck ja ist, »eine gedrängte Darstellung des aus der mündlichen Streitverhandlung sich ergebenden Sachverhaltes unter Hervorhebung der in der Hauptsache von den Parteien gestellten Anträge zu enthalten« (§. 417 Abs. 2 C.P.O.), sammt einem etwaigen Berichtigungsbeschluss (§. 420 C.P.O.). Und zwar

---

[1]) R. Pollak, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1897, Nr. 51, S. 401, Anm. 6.

[2]) Vgl. die ausgezeichnete Darstellung von Beisser, Das Verhandlungsprotocoll unseres mündlichen Civilprocesses, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1897, Nr. 11—13.

in allen Fällen, also auch dann, wenn der Urtheilsthatbestand nicht im Sinne des §. 210 Abs. 1 bezw. 445 C.P.O. zur Entlastung des Verhandlungsprotocolles verwendet wurde.

Mit Vorbedacht spricht das Gesetz nicht von dem in den erstrichterlichen Processacten enthaltenen, sondern von dem nach Inhalt derselben in erster Instanz vorgekommenen Processstoff. Es ist eben der Inhalt der mündlichen Verhandlung wesentlich und die Processacten dienen nur dazu, sichere Auskunft darüber zu geben, was in derselben vorgekommen ist. Hienach muss wohl die Frage, ob ein Vorbringen, das zwar in der mündlichen Verhandlung vorgekommen, aber bei der Protocollirung übersehen worden ist, ein novum sei, verneint, und die Frage, ob ein Vorbringen, welches zwar in der mündlichen Verhandlung nicht vorgekommen, von dem aber im Protocoll irrthümlich bezeugt ist, dass es vorgekommen sei, ein novum sei, bejaht werden. Selbstverständlich ist da der Gegenbeweis gegen die Protocollirung erforderlich, dass das nicht protocollirte Vorbringen vorgekommen oder das protocollirte nicht vorgekommen sei. Seine Zulässigkeit unterliegt keinem Zweifel. Allerdings liefert das Verhandlungsprotocoll und was demselben gleichsteht nach §. 215 Abs. 1 C.P.O. über den Inhalt der Verhandlung vollen Beweis[1]). Allein nirgends ist gesagt, dass der Gegenbeweis ausgeschlossen sei, und so kommt die Regel des §. 292 Abs. 2 C.P.O., dass gegen eine öffentliche Urkunde der Beweis der unrichtigen Beurkundung zulässig ist, auch auf Protocolle zur Anwendung[2]).

Neu im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. sind Thatumstände und Beweise, welche nicht bereits in erster Instanz vorgekommen sind. Von was für Thatumständen und Be-

---

[1]) Ueber die in §. 215 Abs. 2 C.P.O. erwähnten, »für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten« Beck, Zehn Abhandlungen, S. 34, Anm. 4; Menger, Zulässigkeit, S. 158, 159, Anm. 30.

[2]) Beisser a. a. O. S. 100.

weisen kann man sagen, dass sie bereits in erster Instanz vorgekommen sind?

Die Regierungsvorlage (§. 502) sprach von in erster Instanz (noch nicht) vorgebrachten Thatsachen und Beweisen. Dieselbe Ausdrucksweise findet sich noch in dem Antrag des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses (§. 480), und erst die gemeinsame Conferenz des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses und der Permanenzcommission des Herrenhauses hat den Beschluss gefasst, ähnlich wie der §. 326 der sog. provis. Civilprocessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen, den Ausdruck: »in erster Instanz nicht vorgekommene Thatumstände und Beweismittel« in den Gesetzestext aufzunehmen, es jedoch übersehen, auch im §. 468 Abs. 2 C.P.O. dieselbe Aenderung zu bewirken. Meines Erachtens verdient die neue Fassung den Vorzug. Bei dem Worte »vorbringen« denkt man nur an eine Thätigkeit der Parteien. Sie allein sind es, welche im Processe thatsächliches und Beweismaterial vorbringen. Nun beherrscht aber im neuen Verfahren die sog. Verhandlungsmaxime nicht mehr die Stoffsammlung. Sie ist, wenn auch die Verhandlungsform beibehalten blieb, durch eine sehr intensive, mit inquisitorischen Elementen versetzte materielle Processleitung des Richters zurückgedrängt [1]). Kraft dieser hat er die Aufgabe, nicht bloss vermöge seines Fragerechts darauf hinzuwirken, dass die Parteien erhebliche Thatsachen und Beweise vorbringen, sondern auch vermöge seiner discretionären Gewalt innerhalb gewisser Schranken Beweise heranzuziehen, auch wenn sich keine Partei auf dieselben berufen hat (§. 182, 183 C.P.O.). Ohne Zweifel sind auch solche Beweise keine neuen im Berufungsverfahren, wenngleich von denselben nicht gesagt werden kann, dass sie in erster Instanz vorgebracht worden seien.

[1]) Ueber Verhandlungsform, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime vgl. neuestens die geläuterte Darstellung von R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechtes, 1898, S. 339—356.

Wir haben bisher gesehen, welche thatsächlichen Behauptungen und Beweisanbietungen im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. als neu und welche nicht als neu anzusehen sind.

Bevor wir weitergehen und die Frage untersuchen, innerhalb welcher Schranken das als solches characterisirte neue Material in der Berufungsinstanz angebracht werden kann, mag noch die Frage gestreift werden, ob alles, was nicht neu ist, was also in erster Instanz vorgekommen ist, auch in der zweiten verwerthet werden kann?

Der Zweifel bezieht sich hauptsächlich auf thatsächliche Behauptungen, welche der Richter erster Instanz kraft seiner sog. Souveränität als unstatthaft zurückgewiesen, und Anbietungen von Beweisen, deren Aufnahme er von demselben Standpunkt aus verweigert hat. Kann man auch von derartigem, vom Richter erster Instanz unbenutzt gelassenen Processmaterial behaupten, dass es im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. in erster Instanz vorgekommen sei, mit der Wirkung, dass es im Berufungsverfahren nicht als neu angesehen werden darf?

Die aufgeworfene Frage scheint, wenigstens bezüglich der Beweise, im §. 488 C.P.O. ohne Weiteres bejaht zu sein. Dort ist nämlich gesagt, dass der Berufungssenat im erstrichterlichen Verfahren von den Parteien erfolglos angebotene Beweise nachträglich aufnehmen kann. Dennoch glaube ich, dass ihn das Gesetz hiezu nicht ohne besondere, an anderen Orten der C.P.O. ausgesprochene Voraussetzungen ermächtigt. Um diese ermitteln zu können, wird es sich empfehlen, die Fälle zu überblicken, in denen die sog. richterliche Souveränität platzgreift. Sie sind bekanntlich aus einem rein formellen Grunde im §. 417 Abs. 3 C.P.O. zusammengestellt.

Nach dem §. 179 Abs. 1 C.P.O. kann der Richter im Zuge der mündlichen Verhandlung thatsächliche Behauptungen und Beweise auf Antrag oder von Amtswegen als unstatthaft erklären, wenn sie 1. offenbar in der Absicht, den Process

zu verschleppen, nicht früher vorgebracht wurden, und 2. deren Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde. Dieses Schicksal droht insbesondere thatsächlichem und Beweismaterial, welches füglich schon in den vorbereitenden Schriftsätzen der Klage (§. 226 C.P.O.) oder der Klagebeantwortung (§. 243 C.P.O.) oder in den weiteren vorbereitenden Schriftsätzen (§. 258 C.P.O.) hätte angekündigt werden können.

Nach dem §. 181 Abs. 2 C.P.O. kann der Partei, wenn die Fortsetzung einer bereits begonnenen Verhandlung auf eine spätere Tagsatzung verlegt werden muss, aufgetragen werden, binnen einer ihr gleichzeitig zu bestimmenden Frist die als Beweismittel zu benutzenden Urkunden zur Einsicht für den Gegner bei Gericht zu erlegen und die Adressen einzuvernehmender Zeugen bekannt zu geben. Wenn die Partei einem solchen Auftrag 1. in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht nachkommt und die geforderten Beweismittel erst bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vorbringt, so kann dieses Vorbringen auf Antrag oder von Amtswegen als unstatthaft erklärt werden, falls 2. durch dasselbe die Fortführung der Verhandlung verzögert würde.

Der §. 275 Abs. 2 C.P.O. bestimmt allgemein, ähnlich dem alten Bagatellgesetz (§. 31 Abs. 3), dass das Gericht die Aufnahme angebotener Beweise auf Antrag oder von Amtswegen verweigern kann, wenn es die Ueberzeugung gewinnt, dass die Beweise nur in der Absicht, den Process zu verschleppen, angeboten werden.

Der §. 278 C.P.O. endlich wünscht, dass in Fällen, in denen es sich um Beweise handelt, die nicht sogleich bei der Verhandlung selbst aufgenommen werden können, womöglich die dem Rechte der Gerichtsordnung eigenthümliche Scheidung in das Stadium der Behauptungen und Beweisanbietungen, denen die sofort ausführbaren Beweisaufnahmen gleich behandelt werden, und in das Stadium der Beweisführung auf-

recht erhalten und ein einheitlicher Beweisbeschluss, mittelst dessen alle übrigen Beweisaufnahmen angeordnet werden, die Cäsur bilden solle, welche das erste Stadium abschliesst und in das Beweisstadium hinüberleitet. Wird nun nach Beendigung der Beweisaufnahmen eine Tagsatzung vor dem erkennenden Richter zu demjenigen Zwecke abgehalten, der nach der Terminologie unserer Civilprocessordnung »Erörterung der Ergebnisse der Beweisaufnahme« heisst und früher mit dem Namen »Beweiswürdigung« belegt war, so sollen hier neue thatsächliche Behauptungen und Beweisanbietungen als unstatthaft erklärt werden, wenn sie 1. durch die Ergebnisse der Beweisaufnahmen nicht veranlasst sind und 2. offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher (d. h. vor dem Beweisbeschluss) vorgebracht wurden.

Kann diese rejectorischen Beschlüsse des ersten Richters der Berufungssenat zurücknehmen und die als unstatthaft zurückgewiesenen Behauptungen und Beweise nachträglich als statthaft erklären? Ich glaube, dass hier der §. 462 Abs. 2 C.P.O. zur Anwendung kommt. Die erwähnten Beschlüsse sind alle anfechtbar, wenn auch nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel. Das ergibt sich bezüglich der Beschlüsse nach §. 179 Abs. 1 und §. 181 Abs. 2 aus §. 186 Abs. 2 und bezüglich derjenigen nach §. 275 Abs. 2 und §. 278 Abs. 2 aus §. 291 Abs. 1 C.P.O. Die behauptungs- und beweislustige Partei kann ihre Beschwerde entweder schon mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung angebrachten Rechtsmittel, oder, wenn sie dies unterlassen hat, mit dem gegen die Endentscheidung erhobenen Rechtsmittel zur Geltung bringen [1].

---

[1]) §. 515 C.P.O. und die gleich zu nennende »Beantwortung der Fragen« ferner Trutter, Das österr. Civilprocessrecht, S. 573. Dagegen bestreitet Kornfeld in seinem Vortrag: »Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess«, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 21—23, dass obiges Wahlrecht bestehe. Jedenfalls ist seine Kritik an der Textirung des genannten Paragraphen begründet. — Die eben citirte, mit der Verordnung des Justizministeriums vom 3. December



Im letzteren Fall hat der Berufungsrichter zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Unstatthafterklärung in erster Instanz wirklich vorhanden waren und im Falle der Verneinung dieser Frage die Statthaftigkeit des thatsächlichen und Beweismaterials auszusprechen.

Der oben zuletzt genannte Beschluss bildet die Brücke, welche zu den Beweisaufnahmen hinüberführt, mit denen der Beweisführer durch den fruchtlosen Verlauf der für sie bestimmten Frist in erster Instanz präcludirt wurde. Soll diese Präclusion nur innerhalb der Grenzen der ersten Instanz wirksam sein oder ihre Wirkung auch auf die höheren erstrecken? Eine ähnliche Frage wurde schon von der Theorie des gemeinen deutschen Processrechts discutirt, nur dass es dort lediglich auf die Beweisanbietung innerhalb einer peremtorisch festgesetzten Beweisfrist ankam [1]).

In unserer Civilprocessordnung ist von Präclusion mit der Beweisaufnahme, bezw. mit der Beweisverwerthung an folgenden Stellen die Rede.

Im §. 279 C.P.O. ist gesagt, dass, wenn der Beweisaufnahme ein Hinderniss von ungewisser Dauer entgegensteht

---

1897, Z. 25801, J.M.Vdg.Bl. Nr. 44, kundgemachte Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden, kommt, auch wo sie auf Gutachten des obersten Gerichtshofes beruht, trotzdem sie vom Justizministerium herrührt und auf dieselbe der Urheber des Gesetzes entscheidenden Einfluss genommen haben mag, doch nur einer privaten Auslegung des Gesetzestextes gleich. Beck, Fünf Capitel über Vollzugsverordnungen und Verlautbarungen zu den österreichischen Civilprocessgesetzen, 1898; Tinzl, Die neueste österreichische Gesetzgebungstechnik, Die Zeit, 1898, Nr. 174; A. Ruzicka, Jurist. Blätter, 1898, Nr. 7, S. 77, 78. Protest der oberösterr. Advocatenkammer vom 5. Februar 1898, Jurist. Blätter, 1898, Nr. 7, S. 79. Ihr Werth beruht nur auf inneren Gründen, deren Würdigung übrigens dadurch erschwert wird, dass zumeist nicht angegeben ist, welche Erwägungen für den obersten Gerichtshof oder das Ministerium bei der einzelnen Beantwortung den Ausschlag gaben.

[1]) Linde, Handbuch, Bd. 4, S. 508—511; Bayer, Vorträge, 10. Aufl. S. 1026, 1027.

(vgl. auch §. 309 C.P.O.), oder ihre Ausführbarkeit zweifelhaft ist (vgl. auch §. 335 C.P.O.), oder die Beweisaufnahme im Ausland erfolgen soll, der Richter auf Antrag eine Frist zu bestimmen hat, nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung auf Begehren einer der Parteien ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt wird. Nach §. 283 C.P.O. kann der Richter, wenn die Beweisaufnahme im Ausland stattfinden soll, das Ersuchschreiben dem Beweisführer selbst behufs Uebermittlung an die ausländische Behörde aushändigen oder ihn ermächtigen, eine dem ausländischen Rechte entsprechende Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen. In diesen beiden Fällen ist für die Vorlegung der Acten über die Beweisaufnahme von Amtswegen eine Frist mit obigem Präjudiz zu bestimmen.

Wenn die Urschrift einer Urkunde in der mündlichen Verhandlung aus erheblichen Gründen nicht vorgelegt zu werden vermag, so kann das Gericht anordnen, dass sie der Beweisführer einem beauftragten oder ersuchten Richter vorlege. Geschieht das bei der hiezu anberaumten Tagsatzung nicht, so kann nach §. 300 C.P.O. der Fortgang des Processes durch die Rücksicht auf dieses Beweismittel nicht weiter aufgehalten werden.

Wenn Zeugen (§. 332 C.P.O.) oder Sachverständige (§. 365 C.P.O.) zu verhören sind oder ein Augenschein (§. 368 C.P.O.) vorzunehmen ist, so kann der Richter anordnen, dass der Beweisführer einen entsprechenden Betrag zur Deckung des mit der Beweisaufnahme verbundenen Aufwandes vorschussweise erlege, und ihm hiezu eine Frist unter Androhung der Folgen des §. 279 C.P.O. bestimmen.

Alle hier genannten, mit der Präclusion drohenden Beschlüsse können durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. Das ergibt sich bezüglich derjenigen der §§. 279 Abs. 1, 283 Abs. 3 und 335 aus §. 291 Abs. 2, derjenigen der §§. 300 und 309 Abs. 1 aus §. 319 Abs. 1 und derjenigen

der §§. 332 Abs. 1, 365 Abs. 2 und 368 Abs. 3 aus §. 349 Abs. 2 C.P.O. Somit sind diese Beschlüsse der Rechtskraft nicht fähig und der Richter an sie nicht gebunden. Das ist ausdrücklich im Gesetze gesagt, indem es die Voraussetzungen angibt, unter welchen er über die Verspätung hinwegsehen und die nach Ablauf der Frist vom Beweisführer zu Stande gebrachten, bezw. ermöglichten Beweise zulassen kann, bezw. muss. Eine Voraussetzung ist, dass die nach fruchtlosem Ablauf der Frist fortgesetzte mündliche Verhandlung noch nicht geschlossen ist. Und die andere, dass durch die nachträgliche Benutzung der Beweise das Verfahren nicht verzögert wird (§§. 279 Abs. 2, 283 Abs. 2, 300 Abs. 3, 309 Abs. 1, 332 Abs. 2, 365 Abs. 2 und 368 Abs. 3). Nehmen wir an, dass die Beweise erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz oder gar erst nach der Urtheilsschöpfung zu Stande gebracht wurden, oder dass sich erst nach diesem Zeitpunkt der Beweisführer herbeiliess, den Vorschuss zu erlegen. Geht in diesem Falle obige Befugniss des Erstrichters jure devolutionis auf den Berufungsrichter über? Ich möchte diese Frage bejahen; denn das Berufungsverfahren ist als Fortsetzung auch des erstinstanzlichen Verhandlungsstadiums, freilich nur innerhalb der durch die Berufungsanträge gezogenen Grenzen, anzusehen. Selbstverständlich wird der Berufungsrichter die weitere Voraussetzung, ob durch die nachträgliche Benutzung der Beweise das Verfahren nicht verzögert werde, nach der Sachlage ex nunc beurtheilen. Dass der Partei nebenbei auch die Wiederaufnahmeklage nach §. 531 C.P.O. zu Gebote steht, dürfte die Bejahung nicht ausschliessen.

Anders ist zu entscheiden, wenn der Beweisführer noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz die purgatio morae unternommen, der Erstrichter aber die Beweise als verspätet zurückgewiesen hätte. Gegen solche rejectorische Beschlüsse ist nicht ein Rechtsmittel überhaupt, sondern nur ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§§. 279 Abs. 2,

283 Abs. 3, 309 Abs. 1, 332 Abs. 2, 335 Abs. 2, 365 Abs. 2, 368 Abs. 3 in Verb. mit §. 291 Abs. 1 und §. 300 Abs. 3 in Verb. mit §. 319 Abs. 1 C.P.O.). Daraus folgt, dass auf dieselben das anzuwenden ist, was oben von den aus der Gerichtssouveränität fliessenden rejectorischen Beschlüssen gesagt wurde.

Schliesslich mag noch daran erinnert werden, dass auch im vorbereitenden Verfahren vor dem beauftragten Richter Präclusion eintritt. Nach dem §. 263 Abs. 2 C.P.O. können in der mündlichen Verhandlung in das Präparatorium gehörende Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden im Fall gegnerischen Einspruchs nur nachgeholt werden, wenn von der Partei glaubhaft gemacht wird, dass sie von denselben zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntniss hatte [1]). Wenn nun die Partei mit der Glaubhaftmachung nicht durchdringt und die Neuerungen zurückgewiesen werden, so steht ihr gegen diesen Beschluss abgesonderter Recurs zu (§. 514 Abs. 1 C.P.O.). Ist er in Rechtskraft erwachsen, so sind die Neuerungen auch von dem Berufungsverfahren ausgeschlossen. Dasselbe gilt von vornherein von den im Abs. 1 des §. 263 C.P.O. erwähnten Erklärungen.

Des Zusammenhangs wegen mag hier noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Partei, welche erst nach Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung von in das vorbereitende Verfahren gehörenden Neuerungen Kenntniss erlangt, deren Zulassung noch im Berufungsverfahren, die im §. 263 Abs. 2 geforderte Glaubhaftmachung vorausgesetzt, erwirken kann? Ich möchte diese Frage bejahen, wenn nur die Neuerungen solche sind, welche an und für sich, d. h. abgesehen von ihrer Versäumung vor dem vorbereitenden Richter, in der Berufungsinstanz zulässig wären.

---

[1]) Gegen die enge Fassung des §. 263 Abs. 2 C.P.O. Ascher, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 3, S. 22 Anm. 1.

Wir kommen endlich auf unser Hauptthema — die Schranken zu sprechen, welche unsere Civilprocessordnung für die Anbringung von Noven in der Berufungsinstanz aufgerichtet hat. Schon oben wurde bemerkt, dass sie theils materieller, theils formeller Natur sind.

Zunächst sollen die materiellen Schranken erörtert werden. Das Gesetz kennt deren zwei. Die eine ist im §. 482 Abs. 2 C.P.O. statuirt und besteht darin, dass die Neuerungen an die geltend gemachten Berufungsgründe angeknüpft sein müssen. Die zweite enthält der §. 482 Abs. 1 C.P.O., welcher bestimmt, dass in zweiter Instanz kein neuer Anspruch und keine neue Einrede erhoben werden darf. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, dass alle Neuerungen ausgeschlossen sind, welche zur Darthuung oder Bestreitung neuer Ansprüche dienen oder als Einreden zu qualificiren wären.

Nach dem §. 482 Abs. 2 C.P.O. dürfen in der mündlichen Berufungsverhandlung neue Thatumstände und Beweise nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden. Um diese Bestimmung würdigen zu können, ist es nothwendig, auf den Begriff der Berufungsgründe einzugehen.

Im Gesetz ist er leider nicht definirt, nicht einmal exemplificirt. Aber er lässt sich durch Vergleichung mit dem analogen Begriff der Revisionsgründe ermitteln. Diese sind im §. 503 C.P.O. mit wünschenswerther Genauigkeit taxativ aufgezählt. Ihnen ist ein in die Augen springendes Merkmal gemeinsam, von dem man füglich annehmen darf, dass es auch den Berufungsgründen eigen sein muss. Sie erscheinen nämlich als Missgriffe, welche der untere Richter bei der Schöpfung des Urtheils oder in dem vorausgegangenen Verfahren begangen hat. Hienach kann man die Berufungsgründe definiren als Fehler, welche dem Richter erster Instanz bei der Schöpfung des Urtheiles oder in dem vorausgegangenen

Verfahren unterlaufen sind[1]). Die Partei, welche sich durch dieselben beschwert fühlt, gründet auf sie ihre Berufung, genauer ihren Berufungsantrag, d. h. ihren Antrag auf Abänderung oder Aufhebung des fehlerhaften Urtheils oder auf Aufhebung des fehlerhaften Verfahrens.

Die Berufungsgründe sind im Gesetze nicht taxativ aufgezählt. Daraus ist zu folgern, dass kein Missgriff, der überhaupt geeignet ist, die Partei zu beschweren (gravamen), d. h. ihre rechtliche Situation zu verschlechtern, von der Geltendmachung mittelst des Rechtsmittels der Berufung ausgeschlossen ist. Die Fehler, welche einem Richter unterlaufen können, sind höchst mannigfaltig. Das kann bei einem so complicirten Rechtsorganismus, wie derjenige ist, welcher das moderne Rechtsleben beherrscht, nicht anders sein. Immerhin lassen sich die häufigsten Missgriffe auf gewisse Typen zurückführen und in Gruppen bringen. Das Gesetz selbst hat dies anerkannt, indem es wenigstens innerhalb des Gebietes der als Revisionsgründe in Betracht kommenden Irrthümer eine solche Sichtung, und zwar im §. 503 C.P.O., vornahm. Wir wollen nun, und zwar nach dem Muster dieses Paragraphen, etwas Aehnliches bezüglich der Berufungsgründe versuchen. Hiebei wird sich auch zeigen, welche Fehler nur als solche und nicht auch als Revisionsgründe anerkannt sind, mit anderen Worten, inwieweit der Begriff der Berufungsgründe über den der Revisionsgründe hinausgeht.

Der Fehler kann entweder darin bestehen, dass sich der Richter bei der Beurtheilung des meritum causae selbst vergriffen, also in judicando geirrt, oder darin, dass er eine Vorschrift der Civilprocessordnung verletzt oder vernachlässigt, also einen Verstoss in procedendo gemacht hat. Demgemäss zerfallen die denkbaren Fehler in zwei Hauptkategorien, materielle und formelle.

[1]) Stross, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 2, S. 12; »Beantwortung der Fragen«, S. 81, Punkt 3 zu §. 462 C.P.O.

Was zunächst die materiellen (errores in judicando) anbelangt, so hängt die richtige Beurtheilung einer Sache von zwei Voraussetzungen ab: erstens von der richtigen Beurtheilung des Thatbestandes, welcher dem concreten Rechtsfalle zu Grunde liegt, und zweitens von der klaren Erkenntniss der Rechtsregeln, welche auf diesen Thatbestand Anwendung finden sollen. Jedem irrigen Urtheil wird daher immer entweder ein thatsächlicher Irrthum (error facti) oder ein rechtlicher Irrthum (error juris) oder eine Verbindung beider zu Grunde liegen.

Der rechtliche Irrthum (vgl. §. 503 Z. 4 C.P.O.) kann entweder bestehen in einer unrichtigen Auslegung der auf den concreten Fall passenden Gesetze oder in der Anwendung unpassender Gesetze.

Der thatsächliche Irrthum kann zunächst darin bestehen, dass der Richter das thatsächliche und Beweismaterial, welches in der Verhandlung vorgekommen ist, unrichtig auffasst, dass er also Thatsachen als erwiesen oder als unerwiesen betrachtet, obgleich der Inhalt der Verhandlung bei Anwendung der richtigen Rechts- und Erfahrungssätze das Gegentheil ergeben würde (vgl. §. 503 Z. 3 C.P.O.).

Dann kann aber der thatsächliche Irrthum auch darin bestehen, dass der Richter Thatsachen, welche in der Verhandlung erörtert wurden, als wahr oder unwahr angenommen hat, weil Beweismittel oder Beweismängel übersehen wurden, welche, wenn sie in die Verhandlung einbezogen worden wären, die Unwahrheit oder Wahrheit dargethan hätten.

Endlich kann der thatsächliche Irrthum auch darin bestehen, dass Thatsachen, welche zu dem von der Rechtsregel vorausgesetzten Thatbestand zu gehören scheinen, sammt den zu ihrem Beweis etwa erforderlichen Beweismitteln in der Verhandlung gar nicht erörtert wurden (§. 496 Z. 3 C.P.O.).

In einem lediglich von der Verhandlungsmaxime beherrschten Processsystem mag man wohl Bedenken tragen, in

den beiden zuletzt genannten Fällen einen Irrthum oder Fehler des Richters anzunehmen. Denn dort haben die Parteien, und nur sie, die Verantwortung für die Lückenhaftigkeit des Verhandlungsinhaltes. Das ist aber, wie schon oben bemerkt wurde, nicht der Standpunkt unserer Civilprocessordnung, wenngleich sie die Verhandlungs*form* beibehalten hat. Nach derselben ist vielmehr der Richter kraft seines materiellen Processleitungsamtes verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde (§. 180 Abs. 3 C.P.O.) und in der mündlichen Verhandlung darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt werden (§. 182 Abs. 1 C.P.O.), eine Neuerung, welche nebenbei bemerkt, auch die sog. Syndicatshaftung über das bisher gewöhnte Mass weit hinaus erstreckt.

Was die formellen Fehler (errores in procedendo) anbelangt, so bestehen sie in der Verletzung oder Vernachlässigung von Vorschriften der Civilprocessordnung. Sie können sich ereignen bei der Schöpfung des Urtheils oder in dem vorausgehenden Verfahren. Im Uebrigen ist ein erheblicher Unterschied wahrzunehmen zwischen den Vorschriften des materiellen Rechtes und der Processordnung. Während nämlich in dem Bereiche des materiellen Rechtes jeder error juris Berufungsgrund ist, gilt nicht dasselbe von jedem error in procedendo.

Schon das alte Recht hat alle Processgebrechen in drei Gruppen getheilt. Das geschah in Gemässheit der Resolution vom 31. October 1788, J.G.S. Nr. 489, lit. ooo, welche lautet: »Das Appellationsgericht soll zwar bei Erledigung eines Processes auf die beobachteten Förmlichkeiten genau Rücksicht nehmen, die hierin entdeckten Gebrechen gegen die untere Stelle sogleich bemerken, und sie für die Zukunft hintanhalten; wo aber das Gesetz auf die unterlassene Vorschrift

nicht ausdrücklich die Nullität bestimmt, oder wo ungehindert des unterlaufenen Formalitätsgebrechens das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden kann, da soll sich das Appellationsgericht durch derlei Gebrechen nicht hemmen lassen, Justiz zu leisten, und das richterliche Amt zu handeln.«

Von dem Rechte im Gebiete der allgemeinen Gerichtsordnung wich in einem wichtigen Punkte das der westgalizischen ab, da dem §. 346 dieser Redaction nicht der volle Wortlaut obiger Resolution, sondern lediglich die Worte angehängt sind: »Nur sind diejenigen Gebrechen, welche die Wesenheit der Sache und des Verfahrens nicht ändern, also dass ungehindert derselben das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit geschöpft werden kann, zum Anlass einer Nullitätserklärung nicht zu nehmen, wohl aber hat der obere Richter über die bei Erledigung des Processes bemerkten Fehler dem Richter erster Instanz die Ausstellung zu machen.«

1. Zu der ersten Gruppe gehörten alle Processgebrechen, welche von dem Gesetz ausdrücklich als Nullitätsgründe stigmatisirt waren. Lag ein solches vor, so musste das mangelhafte Verfahren von Amtswegen aufgehoben werden. Und zwar nach der zur allgemeinen Gerichtsordnung erlassenen Resolution unbedingt; nach der westgalizischen freilich nur unter der Voraussetzung, dass die Ordnungswidrigkeit zugleich die Kriterien der ad 2 zu besprechenden an sich trug, es wäre denn, dass das die Nichtigkeit statuirende Specialgesetz imperativ lautete.

2. Die zweite Gruppe wurde gebildet von solchen Processgebrechen, welche zwar nicht ausdrücklich als Nullitätsgründe vom Gesetze stigmatisirt waren, aber, um mit obiger Resolution zu sprechen, hinderten, dass »das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden« konnte, oder um die Worte der westgalizischen Gerichtsordnung hieher

zu setzen, »welche die Wesenheit der Sache und des Verfahrens änderten, also dass wegen derselben das Urtheil in der Hauptsache nicht mit Gründlichkeit geschöpft werden« konnte. Auch solche Processordnungswidrigkeiten sollten zur Aufhebung des mangelhaften Verfahrens führen, und zwar gleichfalls von Amtswegen. Bekanntlich ist diese generalis clausula nach zwei Richtungen hin zu eng gefasst. Einmal insofern als sie nur von Urtheilen spricht und doch auch bezogen werden muss auf Entscheidungen in merito, welche, wie z. B. die im Besitzstörungsprocess, in der Form eines einfachen Bescheides ergehen. Und zum zweiten, weil Formgebrechen schon zu einer Zeit vorkommen können, wo es sich noch gar nicht bestimmen lässt, ob die später erfliessende Entscheidung von denselben afficirt werden wird. Es hätte also gesagt werden sollen, dass die Processordnungswidrigkeit nur dann die Cassation des Verfahrens nach sich zu ziehen habe, wenn dieselbe die Schöpfung einer gerechten Entscheidung zu verhindern geeignet ist.

3. Zur dritten Gruppe endlich gehörten alle anderen Processgebrechen. Sie hatten die Aufhebung des mangelhaften Verfahrens nicht im Gefolge.

Die neue Civilprocessordnung kennt gleichfalls diese drei Gruppen von Processgebrechen.

1. Zu der ersten Gruppe gehören die in §. 477 C.P.O. aufgezählten Mängel. Liegt einer derselben vor, so hat der höhere Richter die Aufhebung des mangelhaften Verfahrens von Amtswegen auszusprechen, ohne erst zu prüfen, ob der Mangel so wesentlich war, dass er eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderte. Die C.P.O. stellt aber nur diese Mängel als »Nichtigkeiten« in technischem Sinne hin (§§. 477, 478, 494, 503 C.P.O.) und verordnet, dass nur sie von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Damit scheint auch die Frage, ob die Aufzählung

in §. 477 C.P.O. eine erschöpfende sei, bejaht zu sein. Dennoch bleibt noch ein kleiner Zweifel übrig. Er betrifft das, was die C.P.O. die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urtheiles nennt. Erst in letzter Stunde ist in das Gesetz der Rechtssatz aufgenommen worden, dass diese Processhindernisse von Amtswegen und jederzeit zu berücksichtigen sind. Doch wurde dieses Gebot nur in den §. 240 C.P.O. eingefügt, der schon ein ähnliches, nämlich, dass die Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amtswegen und jederzeit zu beachten sei, enthielt. Dagegen unterliess man es, im §. 477 C.P.O., wo es unter Ziff. 4 als Nichtigkeit stigmatisirt ist, »wenn über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt wurde«, die oben genannten Processhindernisse der gleichen Sanction theilhaft werden zu lassen. So ergibt sich die Frage, was Rechtens sei, wenn es erst in der Berufungsinstanz offenbar wird, dass dem in erster Instanz durchgeführten Verfahren die Streitanhängigkeit oder die Rechtskraft im Wege stehen. Hält man sich an den Wortlaut des §. 477 C.P.O. und nur an ihn, so kann der höhere Richter aus diesen Gründen das Verfahren nicht aufheben. Auch der §. 496 Z. 2 C.P.O. ermächtigt ihn hiezu nicht. Denn auch angenommen, dass der Beklagte die exceptio litis pendentis oder rei indicatae geltend macht, die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft lassen das Verfahren keinesfalls als so mangelhaft erscheinen, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache ausgeschlossen war. So käme man zu dem Ergebniss, dass rücksichtlich der res iudicata nur die Wiederaufnahmeklage erhoben werden kann, und die lis pendens einfach unberücksichtigt gelassen werden muss. Letzteres kann doch wohl, wenn auch die lis pendens ein nur vorübergehender Zustand ist, der alsbald in die res iudicata übergeht, nicht gewollt sein, und so bleibt nichts anderes übrig, als in analoger Ausdehnung des §. 477 Z. 6 C.P.O. anzunehmen, dass auch die

Processhindernisse der Streitanhängigkeit und der Rechtskraft das trotz derselben durchgeführte Verfahren erster Instanz nichtig im technischen Sinne machen[1]). Eine Sache, die sich schon auf dem Rechtswege befindet oder die gar den Rechtsweg schon zurückgelegt hat, darf eben nicht noch einmal auf den Rechtsweg gebracht werden, gehört also nicht (noch einmal) auf den Rechtsweg.

Mit Recht behauptet Schimm[2]), dass der Berufungsrichter vor Nichtigkeitsgründen, die auf dem unangefochten gebliebenen Theil des Urtheils mühelos zu Tage förderbar wären, das Auge verschliessen muss. Selbst die einzige Ausnahme, die dieser Schriftsteller von dieser Regel gelten lassen will, ist nach meinem Dafürhalten unzulässig. Er sagt:

»Wenn etwa nach Zulass des §. 227 C.P.O. mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht wurden, und der obere Richter wahrnehmen sollte, dass der eine oder der andere Anspruch überhaupt nicht auf den Rechtsweg gehört, so dürfte er — wenn auch gerade der Richterspruch hinsichtlich dieses Anspruches ungescholten blieb — dennoch von Amtswegen die Nichtigkeit des Gerichtsverfahrens hinsichtlich dieses Anspruches nach §. 42 Abs. 1 J.N. auszusprechen haben.«

Zunächst ist zu bemerken, dass, falls über die nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache rechtskräftig abgeurtheilt ist, nach §. 42 Abs. 2 J.N. nur der oberste Gerichtshof und zwar auf Antrag der obersten Administrativbehörde die Nichtigkeit des durchgeführten gerichtlichen Verfahrens aussprechen kann. Aber auch, wenn das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, hat der Berufungsrichter nicht das

---

[1]) Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht, S. 536, 537.

[2]) In der oben S. 357 angeführten Abhandlung, S. 577. Ebenso Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht, S. 534, 535, 538; vgl. auch S. 566. »Beantwortung der Fragen ...« ad §. 477 C.P.O. Anderer Meinung v. Fürstl, Die neuen österr. Civilprocessgesetze, S. 688, 689.

Recht, auf die Nichtigkeit desselben Rücksicht zu nehmen, da er mit demselben vorausgesetztermassen gar nicht befasst ist. Dass die Norm des §. 42 Abs. 1 J.N. »ihre Quelle überhaupt nicht im privatrechtlichen Gebiete hat, vielmehr aus Anforderungen öffentlich-rechtlichen Characters entsprungen ist«, beweist nichts für Schimm's Auffassung. Denn auch die Norm des §. 240 Z. 3 C.P.O., dass die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, ist aus Anforderungen öffentlich-rechtlichen Characters entsprungen, und doch verbietet Schimm selbst dem Berufungsrichter, auf diese Processhindernisse Rücksicht zu nehmen, wenn sie den unangefochten gebliebenen Theil des Urtheils betreffen.

2. Die zweite Gruppe umfasst diejenigen Mängel des Verfahrens, welche, ohne gerade die Nichtigkeit desselben zu bewirken, doch so wesentlich sind, dass sie eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten. Die C.P.O. spricht von denselben in §. 496 Z. 2. Dass sie von den Nichtigkeitsgründen im technischen Sinne wohl zu unterscheiden sind, erhellt aus der Gegenüberstellung beider Gruppen in §. 503 Z. 1 und 2 C.P.O. Und dass die in Rede stehenden Processordnungswidrigkeiten, im Gegensatz zum alten Rechte, nur auf Antrag zu berücksichtigen seien, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, ergibt sich aber aus dem Gegensatz zwischen §§. 471 Z. 5, 494 und 496 C.P.O. [1]).

3. Was endlich Processordnungswidrigkeiten anbelangt, welche weder Nichtigkeiten noch wesentliche Mängel im Sinn des §. 496 Z. 2 C.P.O. sind, so fallen diese, wie nach altem Rechte, unter die Justizaufsicht. Das kommt im neuen Recht viel deutlicher zum Ausdruck, indem im §. 227 der neuen Geschäftsordnung angeordnet ist, dass Ausstellungen, welche

---

[1]) »Beantwortung der Fragen ...« ad §. 462 C.P.O.

nur für das Gericht oder einzelne Beamte bestimmt sind, in der Regel auf einem besonderen Blatt ertheilt werden sollen, welches der Erledigung des Rechtsmittels anzuschliessen ist.

Ziehen wir die Summe aus dem Gesagten, so ergibt sich, dass die wichtigsten Fehler des Erstrichters unter folgende Typen fallen:

1. Es ist die passende Rechtsregel unrichtig ausgelegt oder eine unpassende Rechtsregel angewendet worden (vgl. §. 503 Z. 4 C.P.O.).

2. Es ist eine erhebliche Thatsache als wahr oder unwahr angenommen worden, obgleich sich aus der Verhandlung bei Anwendung der richtigen Sätze des Rechtes, der Logik und der Erfahrung das Gegentheil ergibt (vgl. §. 503 Z. 3 C.P.O.).

3. Es sind erhebliche Beweismittel oder Beweismängel in der Verhandlung übergangen worden.

4. Es sind erhebliche Thatsachen in der Verhandlung übergangen worden.

5. Es ist eine Nichtigkeit unterlaufen (vgl. §. 503 Z. 1 C.P.O.).

6. Es ist ein anderer wesentlicher Processverstoss begangen worden, welcher eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderte (vgl. §. 503 Z. 2 C.P.O.).

Die Fehler ad 1., 2., 3. und 4. erscheinen als materielle, die ad 5. und 6. als formelle Berufungsgründe. Dieselben Typen kommen auch als Revisionsgründe in Betracht, und zwar die formellen ausnahmslos, die materiellen mit Ausnahme derjenigen ad 3. und 4. (Ausserachtlassung von erheblichen Thatsachen, Beweisen und Beweismängeln, sog. appellatio ex capite novorum) (§. 503 C.P.O.).

So viel zur Bestimmung des hochwichtigen, das ganze Neuerungsrecht tragenden Begriffes der Berufungsgründe.

Welche Rolle nun spielen die Berufungsgründe bei Einschränkung des jus novorum in der Berufungsinstanz?

Der §. 482 Abs. 2 C.P.O. sagt, dass nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe neue Thatumstände und Beweise vorgebracht werden dürfen. Hiemit ist zu vergleichen der §. 467 Z. 4 C.P.O., welcher von dem thatsächlichen Vorbringen und den Beweismitteln spricht, durch welche die Wahrheit der Berufungsgründe erwiesen werden kann, und der §. 468 Abs. 2 C.P.O., wo von neuen Umständen und Beweisen die Rede ist, welche zur Widerlegung dieser Anfechtungsgründe benutzt werden wollen.

Zunächst ist zu ermitteln, ob bei allen oben genannten Fehlertypen neues thatsächliches und Beweismaterial in Betracht kommen kann.

ad 1. Wenn es sich darum handelt, darzuthun oder zu widerlegen, dass die passende Rechtsregel unrichtig ausgelegt oder eine unpassende Rechtsregel angewendet worden ist, so hat dies lediglich durch sog. Rechtsdeductionen zu geschehen. Bei der Ermittlung des wahren Sinnes einer Rechtsregel und bei der Ermittlung der richtigen Rechtsregel ist das Gericht auf das von den Parteien dargebotene Material nicht beschränkt; es hat vielmehr alle zu diesem Zwecke ihm nöthig scheinenden Erhebungen von Amtswegen einzuleiten (§. 271 C.P.O.). Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, dass den Parteien bei der Beibringung des zu diesem Zwecke geeigneten Materials keinerlei Schranke auferlegt ist.

ad 2. Wenn eine erhebliche Thatsache als wahr oder unwahr angenommen worden ist, obgleich sich aus der Verhandlung das Gegentheil ergibt, so braucht das Raisonnement über die Grenzen des vorhandenen thatsächlichen und Beweismaterials nicht hinauszugehen.

ad 3. Wenn es sich aber darum handelt, eine in der

Verhandlung erörterte Thatsache, welche vom Erstrichter propter inopiam probationum als wahr oder unwahr angenommen wurde, mit neuen Beweismitteln oder Beweismängeln als unwahr oder wahr darzuthun, so sind diese vorzulegen.

ad 4. Wenn es sich ferner darum handelt, dass eine erhebliche Thatsache in der Verhandlung übergangen wurde, so ist jedenfalls eben diese neue Thatsache vorzubringen. Reicht das vorhandene Processmaterial nicht aus, ihre Wahrheit oder Unwahrheit zu erweisen, so sind zu diesem Zwecke auch neue Beweismittel anzuführen.

ad 5. und 6. Wenn eine Nichtigkeit oder ein anderer erheblicher Processverstoss behauptet wird, so ist, sofern sie nicht aus den Processacten appariren, zur Darthuung oder Widerlegung derselben die Vorführung von neuem thatsächlichen und Beweismaterial geboten, bezw. sofern eine Nichtigkeit obwaltet, die ja von Amtswegen festgestellt werden muss, gestattet. Nur dass die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten lediglich durch das Protocoll bewiesen werden kann (§. 215 Abs. 2 C.P.O.).

So viel über die materielle Schranke des §. 482 Abs. 2 C.P.O. Ob sich dieselbe im practischen Leben als wirkungsvoll darstellen wird, ist fraglich. Nach meiner Ansicht ist die Beschränkung, dass man Neuerungen »nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe« benutzen dürfe, als solche eine ganz wesenlose. Ich kann mein Urtheil nicht besser begründen, als indem ich die trefflichen Worte von Kornfeld, Wort und Schrift, 1895, S. 60 hieher setze [1]: »Es ist ja evident, dass man neue ebensogut wie alte Thatsachen und Beweise im Berufungsverfahren nur zum Zwecke des Berufungsverfahrens vorbringen, bezw. zulassen würde. Zu welchem anderen Zwecke als ,zur Dar-

[1]) Vgl. auch Vorschläge des Subcomités der n.ö. Advocatenkammer, S. 89.

thuung oder Widerlegung der Berufungsgründe' sollte das Parteienvorbringen dienen? Was dem Berufungszwecke nicht dient, entzieht sich von selbst aller Beachtung. Zweckloses Hin- und Herreden hintanzuhalten, liegt schon im Begriffe der Processleitung (§. 180 Abs. 3 C.P.O.). So wenig das Gericht erster Instanz Anführungen und Beweismittel zulassen wird, welche weder die Klage noch die Einrede, resp. Replik und Duplik darzuthun oder zu widerlegen bestimmt sind, ebensowenig wird, auch ohne jenen einschränkenden Beisatz im §. 482 Abs. 2 C.P.O., ein Berufungsgericht jemals daran zweifeln, dass es Neuerungen zurückzuweisen habe, welche für den Berufungszweck ohne Belang sind.«

Bevor ich weitergehe, muss ich mich noch mit einer Auffassung auseinandersetzen, welche dem §. 482 Abs. 2 C.P.O. ein engeres Anwendungsgebiet zuweist, als dies hier geschehen ist. Sie rührt von Schimm her und wird in dessen oben S. 357 citirten Aufsatz »Zur Frage des materiellen Berufungsrechtes der neuen Civilprocessordnung«, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 49 und 50 vertreten.

Nach derselben dürfen nicht alle neuen Thatsachen und Beweise, welche geeignet erscheinen, die Berufungsgründe darzuthun oder zu widerlegen, in der Berufungsinstanz vorgebracht werden. Wenn ein solches Novum schon zur Zeit des Verfahrens erster Instanz bis zu dessen Schlusse existent und dem Berufungswerber bekannt war, so könne er von demselben im Berufungsverfahren keinen Gebrauch mehr machen, weil er mit solchen Nachschüben im Sinne des §. 179 C.P.O. bereits bei Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz präcludirt war, welche Präclusion auch für das Rechtsmittelverfahren fortwirken müsse. Hätte also der Berufungswerber mala fide mit Thatsachen und Beweisen zurückgehalten, um damit in zweiter Instanz vorzurücken, oder hätte er nur aus Lauheit, Versehen oder in der Meinung, dass das betreffende thatsächliche Vorbringen und der

betreffende Beweis ihm ohnehin nicht nützlich sein können, in erster Instanz sich nicht darauf berufen, so könne er in zweiter Instanz davon keinen Gebrauch mehr machen.

Ich glaube, dass der Eingang des §. 179 C.P.O. anders zu verstehen ist. Wenn hier gesagt ist, dass die Parteien bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezügliche thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen können, so hat dieser Satz, wie der ähnliche des §. 25 des Hofdecretes vom 24. October 1845, J.G.S. Nr. 906, über das alte Summarverfahren nur die Bedeutung, dass jedem Streittheile bis zum Schlusse der Verhandlung gestattet werden müsse, früher ohne Chicane übergangene Thatsachen und Beweismittel nachzuholen. Mit anderen Worten: Die Verhandlung soll nicht mehr unter der Herrschaft der Eventualmaxime stehen, sondern es soll, wie aus dem weiteren Verlauf des Paragraphen erhellt, an ihre Stelle die sog. Gerichtssouveränität treten. Wer will, kann aus unserer Gesetzesstelle auch noch den ganz selbstverständlichen Satz herauslesen, dass nach Schluss der mündlichen Verhandlung und vor der erstinstanzlichen Urtheilsschöpfung früher übergangene Thatsachen und Beweismittel dem erstinstanzlichen Verhandlungsstoff nicht mehr beigefügt werden können. Aber ob in der mündlichen Verhandlung erster Instanz übergangene Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsverhandlung nachgeholt werden können oder nicht, darüber spricht sich der Eingang des §. 179 C.P.O. ebensowenig aus, als dies der §. 25 des citirten Hofdecretes that. Auf diese Frage haben wir die Antwort zunächst in den speciellen Bestimmungen über die mündliche Berufungsverhandlung (§§. 482 bis 493 C.P.O.) zu suchen. Da sie aber hier nicht beantwortet ist, ist auf die allgemeinen Bestimmungen über die mündliche Verhandlung, unter deren Begriff eben auch die mündliche Berufungsverhandlung fällt, zurückzugehen (§. 463 Abs. 1 in Verbindung mit §. 259 Abs. 1 C.P.O.). Unter diesen statuirt

der mehrfach citirte §. 179 C.P.O. in seinem weiteren Verlauf, dass solches Vorbringen von dem Gerichte (d. i. hier dem Berufungsgerichte) als unstatthaft erklärt werden **kann**, wenn es offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher (d. h. in der Verhandlung erster Instanz) vorgebracht wurde und dessen Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde. Nebenbei sei noch daran erinnert, dass der Richter, wenn er es zulässt, nach §§. 44, 48 und 50 C.P.O. dem Umstande, dass das Vorbringen erst in der Berufungsinstanz erfolgte, in dem Spruche betreffs der Kosten des Rechtsmittelverfahrens oder des gesammten Verfahrens Rechnung tragen kann [1]).

Auch noch eine andere kleine Abschweifung möge mir gestattet werden. Sie beschäftigt sich mit einem im Begriff des Neuerungsrechtes gelegenen Element, das gewöhnlich unbeachtet gelassen wird und sich am besten in diesem Zusammenhange beleuchten lässt.

Meines Erachtens gehört es zum Wesen des Neuerungsrechtes in der Rechtsmittelinstanz, dass die Partei nicht bloss befugt ist, die neuen Thatumstände und Beweise in der höheren Instanz vorzubringen, sondern dass auch gleich hier auf Grund des so erweiterten Materials erkannt wird.

Wir wollen nun sehen, ob dieses Moment dem im §. 482 Abs. 2 C.P.O. anerkannten Neuerungsrechte eigen sei. Hiebei wird es sich empfehlen, von den formellen Berufungsgründen auszugehen und erst später die materiellen ins Auge zu fassen.

Formelle Berufungsgründe sind die von Amtswegen zu beachtenden Nichtigkeiten des §. 477 und die wesentlichen Mängel des §. 496 Z. 2 C.P.O., als »welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten«.

---

[1]) Stross, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 2, S. 13.

Das den Parteien zur Darthuung oder Widerlegung dieser Berufungsgründe gewährte Neuerungsrecht besitzt das in Rede stehende Kriterium. Denn es ist in allen Fällen der Berufungsrichter, vor welchem die neuen Thatumstände erörtert und die neuen Beweise unmittelbar oder mittelbar aufgenommen werden und welcher über den Bestand der Nichtigkeiten oder anderen Formgebrechen erkennt. Eine Remission tritt erst ein, wenn der Berufungsrichter denselben bejaht und das erstrichterliche Erkenntniss und nöthigenfalls auch das demselben vorangehende Verfahren aufgehoben hat. Das gilt zweifelsohne von den Nichtigkeiten des §. 477 C.P.O. wegen §. 478 C.P.O., muss aber auch von §. 496 Z. 2 C.P.O. gesagt werden, wenngleich hier nicht ausdrücklich von der Aufhebung der erstinstanzlichen Verhandlung und Urtheilsfällung die Rede ist.

Nicht so einfach stellt sich die Sache bei den materiellen Berufungsgründen dar. Nehmen wir zunächst an, es werde eine erheblich scheinende, in erster Instanz gar nicht erörterte, Thatsache nachzuholen gesucht. Hier hat sich der Berufungsrichter zwar eine Ansicht darüber zu bilden, ob dieselbe nach seiner juristischen Auffassung wirklich relevant sei, im Bejahungsfalle aber die Sache an das Processgericht erster Instanz zur Verhandlung über diese Thatsache und neuerlichen Urtheilsfällung zurückzuweisen (§. 496 Abs. 1 Z. 3 C.P.O.), wobei der untere Richter an die Rechtsansicht des oberen gebunden ist (§. 499 Abs. 2 C.P.O.). Diese Remissionspflicht ist wenigstens die Regel. Doch k a n n das Berufungsgericht statt der Zurückverweisung die in erster Instanz gepflogene Verhandlung selbst ergänzen und mit der Urtheilsschöpfung selbst vorgehen. Das Berufungsgericht hat hier der Individualität des Falles Rechnung zu tragen und sich zu fragen, ob die Remission nach seinem Ermessen geeignet erscheint, die Erledigung zu beschleunigen oder einen erheblichen Kostenaufwand zu vermeiden. Nur wenn beide Parteien überein-

stimmend darauf antragen, braucht es sich diese Frage nicht vorzulegen [1]).

Dagegen ist es zur Remission überhaupt nicht berechtigt, wenn es sich nicht um neue Thatsachen, sondern nur um neue Beweismittel handelt. Arg. a contrario aus §. 496 Abs. 1 Z. 3 C.P.O., welcher nur von Thatsachen spricht. In diesem Falle muss der Berufungsrichter selbst die Verhandlung durch die nachgeschobenen erheblichen Beweise ergänzen und sohin auf der so erweiterten Grundlage das Urtheil, je nach dem Ergebniss, abändern oder bestätigen. Diese Ergänzungsverhandlung ist selbstverständlich keine erstinstanzliche, sondern Berufungsverhandlung [2]).

Nach diesen Abschweifungen wollen wir endlich die im §. 482 Abs. 1 C.P.O. statuirte materielle Schranke ins Auge fassen.

Auch die deutsche Civilprocessordnung hat einen Grundsatz aufgestellt, welcher eine erhebliche Einschränkung der Zulässigkeit neuen thatsächlichen und Beweisvorbringens in der höheren Instanz in sich schliesst. Er ist an zwei Stellen des genannten Gesetzes zum Ausdruck gebracht, im §. 489 D.C.P.O., wo eine Aenderung der Klage, und im §. 491 Abs. 2 D.C.P.O., wo die Erhebung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz für unstatthaft erklärt werden, und zwar nach der ursprünglichen Fassung selbst bei Einwilligung des Gegners. Demgemäss sind dort wenigstens solche Neuerungen verboten, welche dazu dienen sollen, eine unzulässige Klageänderung oder neue Ansprüche zu begründen oder zu bekämpfen. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob der gleiche Grundsatz, welcher sich etwa dahin formuliren lässt, dass die res in iudicium deducta in der zweiten Instanz nicht geändert oder erweitert werden dürfe, auch das österreichische Berufungsverfahren beherrscht.

---

[1]) Anders R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 52, S. 410.

[2]) R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 52, S. 409, 410. Unrichtig »Beantwortung der Fragen . . .« S. 85.

Den oben citirten Stellen aus dem deutschen Gesetze in ihrer bisherigen Fassung entsprechen zwei ähnliche in der österreichischen Civilprocessordnung, nämlich §. 483 Abs. 3, wo eine Aenderung der Klage, und §. 482 Abs. 1, wo »neue Ansprüche«, mit alleiniger Ausnahme des Anspruches auf Erstattung der Kosten, überdies aber »neue Einreden« ausgeschlossen werden.

Der principielle Unterschied zwischen dem deutschen und österreichischen Rechte springt in die Augen: nur das letztere verbietet »neue Einreden«, das erstere nicht.

Lassen wir vorerst dieses dem österreichischen Rechte eigenthümliche Verbot »neuer Einreden« bei Seite, um das, was die Literatur des deutschen Rechts, insbesondere Wach, Vorträge, 2. Aufl. 1896, S. 262—264 über die beiden Rechten gemeinschaftlichen Verbote beibringt, zum Ausgangspunkt nehmen zu können.

Zunächst von dem Verbote der Klageänderung. Zur Rechtfertigung desselben bemerkte die Begründung des Entwurfes zur deutschen C.P.O. (S. 305): »Würde eine Aenderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens ein Rechtsstreit verhandelt werden, welcher nicht in erster Instanz verhandelt ist«, eine Rechtfertigung, die, nebenbei bemerkt, auch das Verbot der Erhebung neuer Ansprüche stützt [1]). Was die verbotene Klageänderung anbelangt, so ist es als eine solche nach §. 235 Abs. 4 der österreichischen C.P.O. nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise geändert, ergänzt, erläutert oder berichtigt

[1]) Nach der Begründung des Entwurfes eines Gesetzes betreffend Aenderungen der Civilprocessordnung zu Art. 1, §§. 489, 491 hat das öffentliche Interesse an der Ordnung des Instanzenzugs gegen den übereinstimmenden Wunsch der Parteien, die Sache in dem anhängigen Rechtsstreite zum Austrag zu bringen, unbedenklich (?) zurückzutreten.

werden. Es ist also gestattet, in der Berufungsinstanz ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise zu ändern, zu ergänzen, zu erläutern und zu berichtigen, vorausgesetzt nur, dass dies zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe erforderlich ist (§. 482 Abs. 2 C.P.O.). Ferner ist es nach der citirten Gesetzesstelle als verbotene Klageänderung nicht anzusehen, wenn, gleichfalls ohne Aenderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Demnach ist es nicht verboten, Neuerungen vorzubringen, um z. B. zu zeigen, dass an die Stelle des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer oder das Interesse getreten ist, oder dass sich die Feststellungsklage zur Leistungsklage entwickelt hat, aber immer nur unter der Voraussetzung, dass dies zur Darthuung oder Bekämpfung der Berufungsgründe erforderlich ist (§. 482 Abs. 2 C.P.O.).

Die im Gebiete der deutschen C.P.O. aufgeworfene Frage, ob der siegreiche Kläger zum Zwecke der Erweiterung seines Klageanspruches Berufung erheben könne [1]), ist wohl auch nach österreichischem Rechte zu verneinen. Eine solche Berufung wird als unzulässig (§§. 471 Z. 2, 472 Abs 1 C.P.O.) schon im Vorverfahren verworfen werden müssen (§. 474 Abs. 2 C.P.O.).

Nun von dem Verbot der Erhebung neuer Ansprüche nach §. 482 Abs. 1 C.P.O. Neue Ansprüche in diesem Sinne sind nach Wach »mit der Tendenz rechtskräftiger Entscheidung auftretende Rechtsbehauptungen«. Es fällt also unter den Begriff des Anspruchs in diesem Zusammenhang nicht bloss der auf eine Leistung im weiteren Sinne (Handlung, Duldung oder

---

[1]) Wach a. a. O. S. 262, Anm. 1.

Unterlassung) des Gegners gerichtete Anspruch, wie z. B. der Entschädigungsanspruch des §. 408 C.P.O., sondern auch der sog. Feststellungsanspruch nach §§. 236 und 259 C.P.O. Präjudicialincidentklagen und Widerklagen können hienach in der Berufungsinstanz nicht mehr neu erhoben werden, präjudicielle Streitpunkte also, wenn der erforderliche Antrag nicht bereits in der ersten Instanz gestellt worden ist, in der Berufungsinstanz nicht mehr mit der Wirkung selbständiger materieller Rechtskraft (§. 411 C.P.O.) entschieden werden. Im Princip ist es gleichgiltig, ob der Anspruch von dem Kläger oder dem Beklagten erhoben wird, er muss nur von der Art sein, dass er von der Rechtskraft der Entscheidung erfasst wird.

Demnach ist auch die Erhebung eines Anspruches mittelst Widerklage in der Berufungsinstanz ganz und gar unzulässig, ein Verbot, welches übrigens schon aus §. 96 Abs. 2 J.N. abgeleitet werden kann. Diese Gesetzesstelle scheint nämlich von der stillschweigenden Voraussetzung auszugehen, dass eine Widerklage nur in erster Instanz anhängig gemacht werden darf [1]).

Unter das Verbot der Erhebung neuer Ansprüche fällt aber nicht die Geltendmachung von Einreden, nicht einmal von rechtsverfolgenden. Denn hier wird das Recht nur zum Zwecke der Vertheidigung verwerthet, und die Entscheidung über die Einrede beschreitet nie die Rechtskraft. Eine Ausnahme macht nur die exceptio compensationis (§. 411 C.P.O.), es wäre denn, dass der Beklagte erklärt, sie nur als Einrede zu erheben und auf die Geltendmachung derselben als Anspruch zu verzichten [2]), in welcher abgeschwächten Function sie übrigens nach österreichischem Rechte unter

---

[1]) Selbstverständlich kann auch ein Anspruch nicht mittelst Hauptinterventionsklage (§. 16 C.P.O.) erst in der Berufungsinstanz erhoben werden. Sagt doch §. 94 J.N. deutlich, dass diese Klage in erster Instanz anzubringen ist, auch wenn der Process in höherer schwebt.

[2]) Jurist. Blätter, 1898 Nr. 10, S. 111.

das Verbot neuer Einreden fällt, von dem gleich die Rede sein wird.

Unsere bisherigen Betrachtungen ergeben, dass nach deutschem und österreichischem Rechte unzulässig sind alle Neuerungen, die dazu dienen, Anträge zu stützen, welche eine Aenderung oder Erweiterung der res judicata bewirken sollen Der Grund hievon liegt darin, dass diese Anträge selbst verboten sind. Uebrigens besteht dieses Verbot auch dann, wenn sie durch schon in erster Instanz vorgelegenen Processstoff fundirt werden könnten.

Wir kommen jetzt auf das früher zurückgestellte, dem österreichischen Recht eigenthümliche Verbot »neuer Einreden«. Unsere C.P.O. ist durch die Aufstellung desselben in der Zurückdrängung von Noven weiter gegangen, als die deutsche; denn indem das österreichische Gesetz die von dem deutschen zugelassenen neuen Einreden ausschliesst, schliesst es auch Alles aus, was zur Geltendmachung derselben erforderlich ist. Um die Tragweite unseres Verbotes bestimmen zu können, wollen wir ermitteln, was Alles unter Einreden im §. 482 Abs. 1 C.P.O. gemeint ist. Vor Allem darf angenommen werden, dass die früher sog. processhindernden und die Beweiseinreden nicht unter den Begriff der Einrede im Sinne der citirten Gesetzesstelle fallen. Das ist bezüglich der sog. Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts (exceptio fori sc. incompentis), soweit sie durch Prorogation nicht sanirt werden kann, der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Streitanhängigkeit (exceptio litis pendentis) und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache (exceptio rei judicatae) ganz zweifellos. Denn diese sog. Einreden werden nur mit Unrecht als solche bezeichnet, da sie nach österreichischem Recht jeder Zeit von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Daraus folgt selbstverständlich, dass es nicht verboten sein kann, sie auch noch im Berufungsverfahren anzuregen (§§. 240 Abs. 2 und 3, 477 Z. 3, 494 C.P.O.). Aber auch die Beweiseinreden sind nicht

als Einreden nach §. 482 Abs. 1 C.P.O. anzusehen. Das sind bekanntlich Einwendungen gegen die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der gegnerischen Beweismittel. Dass diese in der Berufungsinstanz nachzuholen, durch die citirte Gesetzesstelle nicht verboten wird, folgt aus einem argumentum a maiore ad minus. Es ist nämlich daselbst nicht untersagt, neue Beweismittel vorzubringen. Wenn es nun zulässig ist, neue Beweismittel vorzubringen, so muss es um so eher zulässig sein, neue Beweiseinreden geltend zu machen. Somit steht die mehrfach citirte Gesetzesstelle nicht im Wege, erst im Berufungsverfahren darzuthun, dass eine Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht ist oder dass ein Zeuge sich einer falschen Aussage schuldig gemacht habe u. s. w. Diese Auffassung ist wohl nicht dadurch ausgeschlossen, dass zu demselben Zwecke auch der Rechtsbehelf der Wiederaufnahmeklage nach §. 530 Z. 1 und 2 C.P.O. zu Gebote steht.

Mithin dürfte unser Verbot nur meritale Einreden vor Augen haben.

Dass in dem §. 482 Abs. 1 C.P.O. die »neue Einrede« dem »neuen Anspruche« an die Seite gestellt ist, legt den Gedanken nahe, das Wort »Einrede« in einem engeren, die rein thatsächliche Vertheidigung ausschliessenden Sinne zu verstehen. In dieser Bedeutung ist Einrede, um mich der Definition von Krainz, System des österr. allg. Privatrechtes, 2. Aufl., Bd. 1, 1894, S. 405, 406 zu bedienen, ein dem an sich begründeten Klageanspruch entgegentretender Gegenanspruch, der da bewirkt, dass der erstere nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Nach dieser im modernen Rechte nicht haltbaren Theorie beruht die Einrede entweder auf einem dem Klageanspruche entgegenstehenden Rechte des Verpflichteten oder auf einer blossen Thatsache, welche gleichwohl einen Anspruch auf Nichtgeltendmachung des Klageanspruches gewährt. Hätte das Gesetz diesen Einredebegriff vor Augen, dann wäre durch §. 482 Abs. 1 C.P.O. die Ein-

wendung von neuen sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatumständen in der Berufungsinstanz nicht verboten.

Allein ich halte dafür, dass die C.P.O. das Wort »Einrede« in einem weiteren Sinne nimmt. Schon aus dem Grunde, weil sonst das Verbot »neuer Ansprüche« genügt hätte, da doch auch neue Gegenansprüche unter diesen Begriff subsumirt werden müssten. In diesem umfassenderen Sinne bezeichnet Einrede jeden von dem Beklagten anzuführenden Thatumstand, welcher den durch die Behauptungen des Klägers prima facie begründet erscheinenden Klageantrag als im concreten Falle unbegründet erscheinen lässt. Unter diesen weiteren Begriff fällt nicht nur die Einrede im engeren, oben angegebenen Sinn, sondern auch die Einwendung von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Ist diese meine Anschauung richtig, dann sind durch das Verbot des §. 482 Abs. 1 C.P.O. auch neue rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen getroffen.

Was ist nun Rechtens, wenn solche als Einreden zu bezeichnende neue Thatumstände, z. B. Zahlung, Erlass u. s. w., zugleich zur Darthuung und Bekämpfung der Berufungsgründe angeführt werden? Hier collidiren die beiden Absätze des §. 482 C.P.O. Nach dem zweiten sind neue Thatumstände zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe zulässig, nach dem ersten sind neue Thatumstände, die sich als Einreden darstellen, unzulässig! Welche Regel geht vor? Nach der ganzen Anlage unseres Berufungsverfahrens jedenfalls die letzte. Das heisst: Die Regel, dass zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe neue Thatumstände angeführt werden dürfen, erleidet insofern eine nicht unerhebliche Einschränkung, als neue Thatumstände, welche sich als Einreden darstellen, zur Darthuung oder Widerlegung von Berufungsgründen nicht verwendet werden dürfen. Dagegen statuirt der Abs. 1 des §. 482 C.P.O. keine Beschränkung des anderen im Abs. 2 ausgesprochenen Satzes, dass zur Dar-

thuung und Widerlegung der Berufungsgründe neue Beweise vorgeführt werden können.

Das Ergebniss unserer Erörterungen ist folgendes. Während nach deutschem Rechte das in erster Instanz vorgebrachte Thatsachen- und Beweismaterial im Berufungsverfahren beliebig vermehrt werden kann und der Vermehrung des Thatsachenmaterials nur die Grenze gezogen ist, dass die res in iudicium deducta nicht erweitert werde, ist im österreichischen Recht zu unterscheiden die Erweiterung des thatsächlichen und die Erweiterung des Beweismaterials. Was die letztere anbelangt, so besteht auch bei uns keine Beschränkung des Satzes, dass zur Darthuung und Widerlegung der Berufungsgründe neue Beweise vorgeführt werden können. Dagegen gestattet das österreichische Recht eine Vermehrung des thatsächlichen Materials nur soweit, als dem in erster Instanz beschafften keine neuen Einreden hinzugefügt werden dürfen. Von dieser Schranke abgesehen, welche kraft einer naheliegenden Analogie auch wohl Repliken, Dupliken und dergleichen umschliesst, gilt als Princip die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe.

Dass dieses Ergebniss practisch von grösster Bedeutung ist, braucht nicht erst ausgeführt zu werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass es nach dem Gesagten zulässig ist, eine erhebliche Thatsache, die in erster Instanz auf directem Wege zu erhärten nicht gelang, in zweiter Instanz indirect unter Zuhilfenahme von (neuen) Hilfsbeweisthatsachen zu beweisen.

Ich bin nun zu Ende mit der Erörterung der beiden in dem §. 482 Abs. 2 und 1 enthaltenen materiellen Schranken des jus novorum und ihres Verhältnisses zu einander und möchte nur noch ein paar Worte hinzufügen über die Be-

deutung, welche das Wörtchen »nur« im §. 482 Abs. 2 C.P.O. hat.

Dieses Wörtchen findet sich in ähnlichem Zusammenhange im §. 504 Abs. 2 C.P.O. Dort ist seine Tragweite klar. Im Revisionsverfahren sollen Neuerungen nicht zur Unterstützung oder Bekämpfung aller im §. 503 C.P.O. taxativ aufgezählten Revisionsgründe angebracht werden dürfen, sondern nur für und wider die im §. 504 Abs. 2 C.P.O. herausgehobenen.

Im Berufungsverfahren wird in dieser Beziehung zwischen den denkbaren Berufungsgründen nicht unterschieden. Alle können gleichmässig durch Neuerungen dargethan und bekämpft werden, wenn nur, wie wir alsbald sehen werden, der formellen Voraussetzung entsprochen ist, dass sie in der Berufungsschrift in gehöriger Weise bezeichnet wurden. Diese Einschränkung legt den Gedanken nahe, den Berufungsgründen überhaupt, d. h. sowohl den rechtzeitig geltend gemachten als auch den verabsäumten die rechtzeitig geltend gemachten gegenüberzustellen, und dem Gesetz die Absicht unterzulegen, dass es nur für und wider letztere Neuerungen gestatten will. Allein auch diese Deutung ist unrichtig, man müsste höchstens annehmen, dass das Wort Berufungsgründe hier in einem engeren, die Nichtigkeiten ausschliessenden Sinne gebraucht sei, wie im §. 473 Abs. 2 C.P.O. Denn zur Darthuung oder Bekämpfung von Nichtigkeiten können auch dann Neuerungen angebracht werden, wenn sie in der Berufungsschrift noch nicht angegeben worden sind. Sie sind eben von Amtswegen festzustellen. So bleibt nur noch eine Auffassung übrig. Sie geht dahin, das »nur« in Gegensatz zum ersten Absatz des §. 482 C.P.O. zu bringen und anzunehmen, das Gesetz wolle sagen: Zur Darthuung oder Widerlegung neuer Ansprüche und neuer Einreden dürfen Neuerungen nicht vorgebracht werden, selbstverständlich, da deren Erhebung ganz und gar untersagt ist; nur zur Darthuung und Widerlegung der Berufungsgründe werden sie zugelassen.

Wir lassen jetzt die materiellen Schranken des Neuerungsrechtes bis auf Weiteres auf sich beruhen und wenden uns der formellen zu. Auch sie ist in dem oft citirten §. 482 C.P.O., und zwar im zweiten Absatze erwähnt.

Die mündliche Berufungsverhandlung wird auf das Wirksamste concentrirt durch die Bestimmung im §. 482 i. f. C.P.O., dass auf neues Vorbringen nur dann Rücksicht genommen werden darf, wenn es vorher schriftlich in der Berufungsschrift (§. 467 Z. 4 C.P.O.) oder in der zur Beantwortung derselben dienenden Mittheilung (§. 468 Abs. 2 C.P.O.) dem Gegner (und dem Gerichte) angekündigt worden war. Kommen also solche Neuerungen erst in der mündlichen Berufungsverhandlung zur Sprache, so dürfen sie nicht zugelassen werden.

Das ist wenigstens die Regel. Von derselben besteht eine wichtige Ausnahme. Sie betrifft die Nichtigkeiten (§. 477 C.P.O.) und die wesentlichen Verfahrensmängel des §. 496 Z. 2 (vgl. §. 503 Z. 2) C.P.O., welche, ohne eine Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten. Von diesen von mir so genannten formellen Berufungsgründen sind die Nichtigkeiten von Amtswegen zu beachten und festzustellen, die anderen Processmängel wenigstens von Amtswegen festzustellen, wenn sie auch nur auf Antrag des Berufungswerbers beachtet werden dürfen. Daraus folgt, im Widerspruch mit dem allgemein lautenden Text des §. 482 i. f. C.P.O., dass zur Darthuung und Bekämpfung von Nichtigkeiten und geltend gemachten Processmängeln nach §. 496 Z. 2 C.P.O. Neuerungen auch erst in der mündlichen Berufungsverhandlung angebracht werden können.

Allein man kann nicht behaupten, dass diese Ausnahme der angestrebten Concentration in erheblichem Masse im Wege stehe. Wir müssen uns vor Augen halten, dass nach unserer Civilprocessordnung das Verfahren vor dem Berufungsgerichte in zwei Abschnitte zerfällt, indem der mündlichen Berufungs-

verhandlung ein Vorverfahren vorausgeht. Zweck des letzteren ist es, die mündliche Berufungsverhandlung dadurch zu entlasten, event. zu erübrigen, dass die Berufungsacten vorerst insbesondere nur unter dem Gesichtspunkt geprüft werden, ob die Berufung processualisch zulässig sei (§. 471 Z. 1, 2, 3 C.P.O.) und ob das erstrichterliche Verfahren an einer Nichtigkeit (§. 471 Z. 5 und 7 C.P.O.) leide. Angesichts dieser Prüfung darf man annehmen, dass die meisten, auch von der Partei nicht geltend gemachten Nichtigkeitsgründe schon im Vorverfahren erledigt werden. Immerhin ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass erst aus Anlass der mündlichen Berufungsverhandlung eine bisher unbeachtet gebliebene Nichtigkeit aufkommt, wie aus §. 494 C.P.O. ersichtlich ist. Dann wird, wenn die Beweise zur Feststellung derselben nicht zur Hand sind, eine Vertagung allerdings unvermeidlich sein. Was endlich die Processgebrechen des §. 496 Z. 2 C.P.O. anbelangt, so müssen sie in der Berufungsschrift angegeben sein. Dadurch ist der Vorsitzende des Berufungssenates in die Lage gesetzt, schon bei Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung nach §. 481 C.P.O. das Erforderliche zu veranlassen, damit eine Vertagung hintangehalten werde.

Kehren wir nun zu unserer Regel zurück. Insoweit die von mir sog. materiellen Berufungsgründe (errores in iudicando) in Betracht kommen, sind also die Berufungsschrift und die zu ihrer Beantwortung dienende Mittheilung nicht nur vorbereitende, sondern bestimmende Schriftsätze. Ja sie bestimmen nach dem Gesagten den Inhalt der mündlichen Berufungsverhandlung viel peinlicher, als etwa der Klageschriftsatz die erstinstanzliche mündliche Verhandlung bestimmt: »der Kläger ist in seinem thatsächlichen Vorbringen bei der mündlichen Verhandlung nur insoweit beschränkt, als der Klageanspruch in Frage steht; ob eine thatsächliche Anführung bereits in der Klage enthalten war oder nicht, ist gleich-

giltig; im Berufungsverfahren dagegen ist der Inhalt der mündlichen Verhandlung auch in Beziehung auf Thatsachen und deren Beweis durch die zwei Berufungsschriftsätze bestimmt«[1]).

Die Neuerungen sind in den Berufungsschriften mit den ausdrücklich oder durch deutliche Hinweisung einzeln anzuführenden (§§. 465 Abs. 2, 471 Z. 3 C.P.O.) Berufungsgründen zu verknüpfen, zu deren Darthuung oder Widerlegung sie dienen sollen (§§. 465 Abs. 2, 467 Z. 4, 468 Abs. 2 C.P.O.). Die in der Berufungsschrift angegebenen Berufungsanträge und -Gründe sind principiell unabänderlich. Das heisst, sie dürfen in der mündlichen Verhandlung weder erweitert noch durch andere ersetzt werden. Nur dann ist von dem Princip abzusehen, wenn der Gegner einwilligt oder, ohne gegen die Aenderung Einsprache zu erheben, über die neu geltend gemachten Berufungsanträge und -Gründe verhandelt (§. 483 C.P.O.). Selbst wenn in der Berufungsschrift kein oder kein bestimmter Berufungsantrag enthalten ist, oder die Berufungsgründe weder ausdrücklich noch durch deutliche Hinweisung einzeln angeführt sind und der Mangel erst bei der mündlichen Verhandlung wahrgenommen wird, kann sie verbessert werden, falls der anwesende Berufungsgegner seine Zustimmung ertheilt. Es entsteht nun die Frage, ob zur Darthuung oder Bekämpfung solcher, erst in der mündlichen Verhandlung in zulässiger Weise geltend gemachter Berufungsanträge und -Gründe Neuerungen vorgebracht werden dürfen? Ich wäre geneigt, sie zu bejahen[2]), weil es eine Halbheit zu sein scheint, der Partei die Nachholung von Berufungsgründen zu gestatten, ihr jedoch die Darthuung derselben ganz oder theilweise zu untersagen.

Die Erörterung der materiellen und formellen Schranken,

---

[1]) R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 51, S. 402 und die daselbst cit. Literatur.

[2]) Ebenso Beck, Zehn Abhandlungen, S. 35.



innerhalb welcher es den Parteien erlaubt ist, neue thatsächliche Behauptungen und Beweise vorzubringen, scheint mir nunmehr erschöpft zu sein. Es ist aber zu bedenken, dass das neue Verfahren nicht mehr ausschliesslich auf der Verhandlungsmaxime beruht, wenngleich es die Verhandlungsform beibehalten hat. Allerdings rechnet auch noch die neue Civilprocessordnung darauf, dass die Parteien, durch ihr eigenes Interesse getrieben, das zur Urtheilsschöpfung erforderliche thatsächliche und Beweismaterial herbeischaffen werden; allein sie sind nicht mehr die alleinigen Factoren der Stoffsammlung, wie in dem ordentlichen schriftlichen Verfahren der alten Gerichtsordnung. Es hat sich zu denselben als dritter Factor das Gericht hinzugesellt, dessen formelles durch ein sehr intensives materielles Processleitungsrecht verstärkt worden ist. Angesichts dieser, übrigens schon durch das ordentliche mündliche Verfahren der Gerichtsordnung und durch das alte Summar- und Bagatellverfahren vorbereiteten Reform fragt es sich noch, ob nicht der Berufungsrichter von Amtswegen Neuerungen heranziehen dürfe, bezw. müsse [1]).

Auch im Berufungsverfahren hat der Richter nicht nur formelle, sondern auch materielle Processleitung. Im §. 463 Abs. 1 C.P.O. heisst es ja, dass auf das Berufungsverfahren die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz insoweit anzuwenden sind, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über das Berufungsverfahren Abweichungen ergeben. Die Vorschriften über das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz finden sich in den §§. 226—430 C.P.O. Zu diesen gehört auch die Bestimmung des §. 259 Abs. 1 C.P.O., welcher besagt, dass die Streitverhandlung nach den allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung erfolgt. Letztere enthält das Gesetz in den §§. 171—203, von denen die §§. 180—192 unter der Rubrik »Processleitung«

[1]) Vgl. zu dem Folgenden die Anregung bei Kornfeld, Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 23, S. 267.

stehen. Demgemäss ist die richterliche Processleitung auch in der Berufungsverhandlung nach den zuletzt citirten Paragraphen zu behandeln, es wäre denn, dass die §§. 461—501 C.P.O. Abweichungen anordnen.

Von den in dem Processleitungsamt steckenden Befugnissen, die, wie nicht erst gesagt zu werden braucht, zugleich auch Pflichten sind, für deren Nichterfüllung der Richter verantwortlich ist, kommen hier insbesondere folgende in Betracht.

Vorerst die Befugniss, »durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmässigen Feststellung des Thatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig erscheinen« (§. 182 Abs. 1 C.P.O.).

Wie steht es mit dieser Befugniss, bezw. Pflicht des Richters im Berufungsverfahren?

Der Anspruch, welcher von dem Berufungswerber geltend gemacht wird, ist Rechtsschutzanspruch, richtet sich also nicht wider den Gegner, sondern das Gericht und geht auf Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Stückes des Urtheils, bezw. auch Verfahrens (Berufungsantrag). Die Grundlage, auf welcher dieser Anspruch beruht, ist der in erster Instanz unterlaufene Fehlgriff des Richters (Berufungsgrund). Demgemäss müssen wir fragen, ob auch der Berufungsrichter ermächtigt ist, darauf hinzuwirken, dass die erheblichen thatsächlichen Angaben vollständig gemacht und auch die Beweismittel in ausreichendem Masse angegeben werden, welche zur Darthuung oder Widerlegung dieses Anspruches nothwendig erscheinen?

Zunächst ist zu bemerken, dass drei Berufungsgründe hier überhaupt ausser Betracht bleiben, der der unrichtigen juristischen Qualification, der des wesentlichen Verfahrensmangels nach §. 496 Z. 2 C.P.O. und der der Nichtigkeit. Zur Darthuung oder Widerlegung des ersten bedarf es überhaupt keiner thatsächlichen Angaben und Beweise, und was die genannten Verfahrensmängel und die Nichtigkeiten anbelangt, so sind sie ohnedies von Amtswegen festzustellen, die Nichtigkeiten sogar von Amtswegen zu berücksichtigen (§§. 471 Z. 7, 494 C.P.O.).

Im Uebrigen möchte ich die aufgeworfene Frage verneinen. Denn es ergibt sich aus §§. 465 Abs. 3 u. 467 Z. 3 u. 4 C.P.O., dass in der von einem Advocaten signirten Berufungsschrift bez. dem sie vertretenden Protocolle nicht bloss ein bestimmter Berufungsantrag gestellt und die Berufungsgründe genau bezeichnet, sondern auch die für die Berufungsgründe neu vorzubringenden Umstände und Beweise besonders angegeben werden müssen. Und ferner aus §. 468 Abs. 2 C.P.O., dass falls der Berufungsgegner zur Widerlegung neue Umstände und Beweise benutzen will, er das bezügliche thatsächliche und Beweisvorbringen in der binnen einer bestimmten Nothfrist unter ähnlichen Cautelen zu überreichenden Mittheilung bekannt zu geben habe. Und es ist nicht nur dem Berufungsgegner ausdrücklich mit der Präclusion gedroht, sondern auch dem Berufungswerber (verb. »müssen« im §. 467, §. 482 Abs. 2 C.P.O.). Hieran kann es nichts ändern, dass §. 483 Abs. 1 C.P.O. nur davon spricht, dass in der mündlichen Berufungsverhandlung die Berufungsanträge und Berufungsgründe ohne Einwilligung des Gegners nicht erweitert und auch nicht durch andere ersetzt werden dürfen. Denn daraus darf man wohl nicht vermöge eines argumentum e contrario schliessen, dass das ihnen zur Grundlage dienende Vorbringen auch ohne Einwilligung des Gegners erweitert oder durch anderes ersetzt werden kann, und demgemäss der Berufungsrichter befugt ist,

in der oben beschriebenen Weise durch Fragestellung etc. auf den Berufungswerber einzuwirken.

Nun von der unter dem Namen discretionäre Gewalt bekannten Befugniss, bezw. Pflicht des Richters, von Amtswegen Beweismittel heranzuziehen. Durch den §. 183 C.P.O. ist es dem Richter anheimgegeben, die Beschaffung gewisser Urkunden, die Ladung von Zeugen und die Vornahme des gerichtlichen Augenscheins auch dann anzuordnen, wenn sich keine der Parteien auf die betreffenden Beweismittel berufen hat. Bezüglich der Urkunden und Zeugen existirt aber die gesetzliche Schranke, dass dieselben dann nicht herangezogen werden dürfen, wenn sich beide Parteien dagegen erklären, während in Bezug auf die übrigen Beweise eine solche Beschränkung nicht besteht.

Wie verhält es sich mit dieser in unserer C.P.O. der Processleitung angegliederten inquisitorischen Befugniss in der Berufungsinstanz?

Ich glaube, dass auch der Berufungsrichter zur Feststellung der die Berufungsgründe stützenden Thatsachen die discretionäre Gewalt habe. Ein Argument für die Richtigkeit dieser Anschauung scheint mir der §. 488 Abs. 1 C.P.O. darzubieten. Dort ist nämlich gesagt, dass der Berufungssenat ermächtigt ist, die zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe d i e n e n d e n Beweise aufzunehmen, also alle, welche zu diesem Zwecke dienen, nicht bloss die angebotenen.

Nur ist zu untersuchen, wie sich die discretionäre Gewalt zu der eben erwähnten und insbesondere im §. 468 Abs. 2 C.P.O. auf das Unzweideutigste angedrohten Präclusion verhält. Die sich aus demselben ergebende Schwierigkeit ist folgende. Wenn der Berufungsgegner in der rechtzeitig überreichten Mittheilung zur Widerlegung der Berufungsgründe neue Thatsachen und keine oder nicht ausreichende Beweismittel angemeldet hat, so ist er nach der citirten Gesetzesstelle

mit allem weiteren neuen Vorbringen, insbesondere mit weiteren neuen Beweisen präcludirt. Es entsteht nun die Frage: darf der Berufungsrichter, wenn die rechtzeitig angemeldeten Beweise nicht zulangen, weitere von dem Berufungsgegner namhaft gemachte vermöge seines pouvoir discrétionnaire heranziehen? Diese Frage ist übrigens viel allgemeiner zu fassen; denn auch sonst kann sich eine solche Collision zwischen Präclusion und discretionärer Gewalt ergeben. Schliesst die Präclusion der Partei auch die Befugniss des Richters aus, das präcludirte Beweismaterial, soweit sein Inquisitionsrecht besteht, zu benutzen? Man denke nur an den Fall, dass der Richter erster Instanz es für nothwendig findet, im Sinne des §. 263 Abs. 2 C.P.O. im vorbereitenden Verfahren vor dem beauftragten Richter versäumte Beweismittel trotz gegnerischen Widerspruchs heranzuziehen, oder dass gar erst der Richter zweiter Instanz dieses Bedürfniss empfindet. Bei der ganzen Anlage unseres Civilprocesses, welche womöglich die materielle Wahrheit zu ermitteln sucht und die Form dem Inhalt unterordnet, wird wohl das Inquisitionsrecht vor der Präclusion nicht Halt zu machen brauchen.

Da wir nunmehr die Grenzen abgesteckt haben, innerhalb welcher den Parteien und dem Gerichte gestattet ist, neue Thatsachen und Beweise in die Berufungsverhandlung einzuführen, sind wir auch in der Lage, auf zwei Anwürfe zu antworten, welche hie und da gegen die Construction unseres Rechtsmittels in der neuen Civilprocessordnung erhoben wurden. Strenge genommen gehört dies nicht zu der Aufgabe, die wir uns in dieser Abhandlung gesetzt haben. Da sie aber mit dem jus novorum auf das Innigste zusammenhängen, so sei es gestattet, mit ein paar Worten auf sie zu reagiren.

Es wird behauptet, dass sich nach der C.P.O. die Ueberprüfung des erstrichterlichen Urtheils nicht auf dessen objective Richtigkeit oder Richtigkeit in einem absoluten Sinne, d. i. Uebereinstimmung mit dem realen Sachverhalte, sondern

nur auf die subjective Correctheit und Richtigkeit in einem relativen Sinne, d. i. nur darauf erstrecke, ob das erste Gericht auf Grund des ihm vorgelegenen Sachverhaltes, so wie es entschieden hat oder anders hätte entscheiden können und sollen?

Ich, für meinen Theil, halte es für zweifellos, dass die Berufung innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge die Ueberprüfung der objectiven Richtigkeit zur Aufgabe hat.

Der Nachweis hiefür ist nicht schwer zu erbringen. Er ist einmal in den Gesetzesstellen enthalten, welche eine Wiederholung oder Ergänzung in erster Instanz erfolgter Beweisaufnahmen und die Aufnahme daselbst erfolglos angebotener Beweise zulassen (§§. 488, 489 C.P.O.); ferner in denjenigen, welche zur Darthuung und Bekämpfung auch der sog. materiellen Berufungsgründe neue Beweismittel zulassen (§§. 465 Abs. 3, 467 Ziff. 4, 468 Abs. 2, 473 Abs. 2, 482 Abs. 2 und 488), lauter Bestimmungen, die dazu führen können, dass die Ergebnisse der erstinstanzlichen Verhandlung und Beweisführung durch die Berufungsverhandlung eine Berichtigung im Sinne des realen Sachverhaltes erfahren. Und zum zweiten darin, dass nach §. 463 Abs. 1 C.P.O. auch auf das Berufungsverfahren die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz anzuwenden sind, soweit nichts Abweichendes angeordnet ist, und dass zu diesen Vorschriften kraft des §. 259 C.P.O. auch diejenigen über die intensive an das Inquisitionsprincip heranreichende materielle Processleitung (§§. 180 ff. C.P.O.) gehören.

Bei der Revision steht die Sache anders. Allerdings sagt §. 513 C.P.O., dass die Vorschriften über die Berufung auch auf die Revision anzuwenden sind, aber er fügt bei: soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über Revision Abweichungen ergeben. Solche enthält der §. 503 C.P.O., in welchem die Revisionsgründe taxativ aufgezählt sind und als solcher der error facti nur zugelassen ist, soferne er sich als

Actenwidrigkeit darstellt (§. 503 Z. 3 C.P.O.), und der §. 504 leg. cit., wo neue thatsächliche Behauptungen und Beweise zur Unterstützung und Bekämpfung von materiellen Anfechtungsgründen ganz ausgeschlossen sind.

Ferner behauptet man, dass die Berufung unserer Civilprocessordnung eine appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum genannt werden müsse. Nach meinem Dafürhalten verdient sie auch diesen schweren Tadel nicht. Er wäre nur gerechtfertigt, wenn die allgemeine Vorschrift bestände, dass der Berufungsrichter, während der erste Richter auf dem Substrat der mündlichen Verhandlung entschieden hat (§. 414 C.P.O.), seiner meritalen Entscheidung die Processacten zu Grunde zu legen habe. Das ist aber, wie wir sogleich sehen werden, nicht der Fall.

Nur ausnahmsweise kann es vorkommen, dass die mündliche Berufungsverhandlung wegfällt. Da müssen aber zwei Voraussetzungen zusammentreffen. Einmal die, dass die beiden Parteien auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung verzichten, und zum zweiten die, dass es dem Gericht nicht erforderlich scheint, eine mündliche Verhandlung anzuordnen. Das Schwergewicht liegt meines Erachtens auf der zuletzt genannten Voraussetzung. Das Gericht darf wohl pflichtgemäss von der Anordnung der mündlichen Verhandlung trotz dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nicht absehen, wenn anzunehmen ist, dass dieselbe eine noch erforderliche bessere Information zu gewähren geeignet sei. Von obiger Ermächtigung werden die Parteien zumeist nur dann mit Erfolg Gebrauch machen, wenn einzig und allein die rechtliche Beurtheilung des Thatbestandes angefochten wird, und sie im Sinne des §. 492 Abs. 1 in die Berufungsschrift und die als Berufungsbeantwortung dienende Mittheilung die erforderlichen Rechtsausführungen aufgenommen haben. Unter dieser Voraussetzung kann das Gericht von der mündlichen Erörterung der Rechtsfrage absehen, wo-

mit aber nicht gesagt sein soll, dass das Gericht in einzelnen Fällen nicht ganz und gar auf die Darlegung des Rechtsstandpunktes durch die Parteien verzichten dürfe. Dagegen wird bei einer Vervollständigung der erstinstanzlichen Verhandlung durch Erörterung neuer Thatsachen oder durch Aufnahme neuer Beweise oder durch Wiederholung und Ergänzung erstinstanzlicher Beweisaufnahmen die mündliche Verhandlung zweiter Instanz nicht leicht entbehrt werden können, auch wenn beide Parteien auf dieselbe verzichten. Die Abhaltung der mündlichen Berufungsverhandlung gilt eben als Regel.

Was den Inhalt derselben anbelangt, so ist er ein auf das Aeusserste concentrirter. Es darf in derselben nur der von der Berufung betroffene Theil des Erkenntnisses und der der Fällung desselben vorangegangene Theil des Verfahrens, und auch dieser nur, abgesehen von den hier nicht weiter in Betracht kommenden Nichtigkeiten, innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge und Berufungsgründe erörtert werden. Das sind genau dieselben Grenzen, innerhalb welcher der Berufungsrichter als solcher, d. h. als das zur Ueberprüfung des erstrichterlichen Erkenntnisses und Verfahrens berufene Organ thätig zu werden hat. Ueber diese Grenzen hinaus bleibt es bei dem, was in erster Instanz geschehen, bezw. beurkundet ist. Demgemäss kann der §. 498 Abs. 1 C.P.O. sagen, dass das Berufungsgericht die durch die geltend gemachten Berufungsgründe nicht berührten Ergebnisse der ersten Instanz zu Grunde zu legen hat. Von Bedeutung ist die daselbst beigefügte Beschränkung: »soweit dieselben nicht durch die Berufungsverhandlung selbst eine Berichtigung erfahren haben«; denn sie belehrt uns, dass in erster Linie die mündliche Berufungsverhandlung und erst in zweiter Linie und gleichsam suppletorisch die erstinstanzlichen Processacten Grundlage des Berufungsurtheils sind. Die Berufungsverhandlung so zu gestalten, dass sie eine zum mindesten gleich gute Information gewähre, wie die erster Instanz, ist ganz dem

pflichtgemässen Ermessen des Berufungsrichters anheimgegeben. Das ist der Gehalt des zwar nicht besonders glücklich gefassten, aber meines Erachtens hochbedeutsamen §. 488 C.P.O. Er setzt den Berufungsrichter in die Lage, die erstrichterliche Verhandlung, insoweit sie zur Beurtheilung der Berufungsanträge herangezogen werden muss, in zweiter Instanz zu erneuern, neuerlich durchzuführen. Es ist daselbst mit dürren Worten gesagt, dass er, »wenn dies behufs Entscheidung über die Berufungsanträge nothwendig erscheint, auch eine bereits in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme wiederholen oder ergänzen« kann, d. h. wohl muss. Und zwar muss er, wie kraft eines argumentum e contrario aus Abs. 2 des genannten Paragraphen hervorgeht, diese Wiederholung und Ergänzung unmittelbar selbst und nicht durch das Medium eines beauftragten oder ersuchten Richters vornehmen. Nur bei Ergänzung eines Augenscheins wird aus naheliegenden Gründen von dieser Nöthigung abgesehen. Diese vermehrte Unmittelbarkeit gilt auch für die zur Unterstützung und Bekämpfung der Berufungsgründe neu aufzunehmenden Beweise. Auch sie dürfen dem iudex commissarius oder iudex requisitus nicht überlassen werden. Nur, wenn es sich um Aufnahme von im erstrichterlichen Verfahren erfolglos angebotenen Beweisen handelt, genügt die in erster Instanz geforderte Unmittelbarkeit (§§. 488 Abs. 2 — 300, 328, 352, 368, 375 Abs. 2 C.P.O.).

Zum Beschluss sind noch ein paar Worte über das Verhältniss unserer appellatio ex capite novorum zu der Wiederaufnahmeklage zu sagen. Eine Concurrenz dieser beiden Rechtsmittel ist dadurch ermöglicht, dass, um die Wiederaufnahmeklage zu erheben, die Rechtskraft des Urtheils nicht abgewartet zu werden braucht; es genügt, dass das Verfahren durch Urtheil geschlossen sei (§. 530 pr. C.P.O.). So entsteht die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Partei, welche nach Fällung des Urtheils erster Instanz neues that-

sächliches Vorbringen oder neue Beweismittel in den Process einführen will, von dem Rechtsmittel der Berufung, und unter welchen sie von dem Rechtsbehelf der genannten Klage Gebrauch machen soll.

Von den Voraussetzungen des jus novorum in der Berufungsinstanz war bereits ausführlich die Sprache. Wir wissen, dass neue thatsächliche Behauptungen und Beweismittel auf diesem Wege nur dann nachgetragen werden können, wenn sie zur Darthuung oder Bekämpfung der geltend gemachten Berufungsgründe dienen, und wenn sich erstere nicht als verspätete Einreden darstellen. Und wir wissen auch, dass der Berufungsrichter nach §. 179 Abs. 2 C.P.O. solches Vorbringen als unstatthaft erklären kann, wenn die neuen Angaben und Beweise offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher vorgebracht wurden und deren Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde. Die Partei wird vor einer solchen Zurückweisung gesichert sein, wenn sie von den Neuerungen vorher darum keinen Gebrauch gemacht hat, weil sie der Ansicht war, dass ihre Anbringung zur Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung gar nicht erforderlich war, sie vielmehr erst durch das Urtheil erster Instanz eines Anderen belehrt wurde.

Die Voraussetzungen der restitutio ex capite novorum sind im §. 530 Z. 7 und Abs. 2 C.P.O. angeführt. Hienach findet sie statt, wenn die Partei erst nach Schluss des erstrichterlichen Verfahrens in die Kenntniss von neuen Thatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche, wenn sie rechtzeitig geltend gemacht worden wären, eine ihr günstigere Entscheidung in der Hauptsache herbeigeführt haben würden (§. 530 Z. 7 C.P.O.); dann wird noch beigefügt, dass das Gegebensein dieses Restitutionsgrundes dadurch bedingt wird, dass die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande war, die That-

sachen oder Beweismittel vor Schluss der erstrichterlichen Verhandlung geltend zu machen (§. 530 Abs. 2 C.P.O). Da die Erfüllung dieser Bedingung Voraussetzung für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ist, so hat der Restitutionskläger nicht bloss darzuthun, dass er die Thatsachen oder Beweise erst nach Schluss der erstrichterlichen Verhandlung erfuhr, auffand oder zu benutzen in den Stand gesetzt wurde, sondern auch, dass er sie ohne sein Verschulden vor Schluss derselben nicht geltend machen konnte. Da das Gesetz nur von Verschulden und nicht von grobem Verschulden redet, so schliesst schon leichtes Verschulden die Restitution aus.

Von diesen Requisiten wird nur im Falle des §. 531 C.P.O. abgesehen. Er bestimmt, dass die Wiederaufnahme auch zur Ausführung der im Sinne des §. 279 Abs. 2 C.P.O. (dazu §§. 309, 332, 335, 365 Abs. 2 und 368 Abs. 3 leg. cit.) von der Verhandlung ausgeschlossenen Beweise bewilligt werden kann. Es handelt sich da bekanntlich nicht um Beweise, die als unstatthaft zurückgewiesen oder deren Aufnahme verweigert wurde (§§. 179, 278 Abs. 2, 181 Abs. 2, 275 C.P.O.), sondern um solche, welche zugelassen wurden und zu deren Aufnahme eine Frist gesetzt wurde, die dann fruchtlos abgelaufen ist.

Angesichts dieser strengen Voraussetzungen der Wiederaufnahmeklage einerseits und der anderswo gemachten Erfahrung, dass sich der Richter nicht leicht dazu bereit findet, von der sog. Souveränität Gebrauch zu machen, andererseits darf man wohl sagen, dass in Fällen, in denen beide Rechtsmittel neben einander zulässig sind, die appellatio ex capite novorum den Vorzug vor der restitutio verdient.

In der Wiederaufnahmeklage dürfen aber, wie schon aus dem Gesagten erhellt, im Gegensatz zur Berufung, auch Thatsachen nachgebracht werden, welche sich als Einreden darstellen. Solche können überdies, wenn das Urtheil Executionstitel geworden ist, im Zuge des Executionsverfahrens unter

den im §. 35 E.O. angegebenen Voraussetzungen mittelst Oppositionsklage, bezw. unter den im §. 40 Abs. 1 E.O. angegebenen Voraussetzungen mittelst blossen Oppositionsgesuchs geltend gemacht werden. Allein eine Abänderung des Urtheils auf Grund des factum subsequens wird auf diesem Wege nicht herbeigeführt: das Petit geht nur auf Unzulässigerklärung der Execution (§. 42 Z. 5 E.O.), nicht auf Wiederaufnahme des Erkenntnissverfahrens.

Ueber den redlichen und unredlichen Besitzer

im

österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche.

Von

Josef v. Schey.

I.

Vor bald einem halben Jahrhundert hat Joseph Unger das Programm seiner Arbeit für die österreichische Civilistik [1]) mit den Worten eingeleitet: »Es sind jetzt ungefähr sechzig bis siebenzig Jahre her, dass die drei bedeutendsten privatrechtlichen Gesetzbücher, welche die Gegenwart kennt, in Wirksamkeit traten. Es mag nunmehr an der Zeit sein, sich den Gang klar zu machen, welchen die Rechtswissenschaft in diesen Ländern seither genommen hat. . . . Eine solche Schilderung wird einerseits dazu dienen, für jene Länder die Richtung mit klarem Bewusstsein anzugeben, welche die Rechtswissenschaft einschlagen soll und muss, wenn sie nicht länger diesen Namen mit Unrecht führen soll: sie wird andererseits dazu dienen, das Verhältniss eines Gesetzbuches zur wissenschaftlichen Theorie schärfer zu bestimmen, für die Lösung der Frage der Codification manchen neuen Beitrag zu liefern . . .«

Wer wird es leugnen wollen, dass all dies auch für unsere Tage gilt — nur dass wir heute bereits auf eine nahezu hundertjährige Geltung jener Gesetzbücher zurückblicken, und dass uns heute denn doch nicht mehr der Gedanke zu bewegen braucht, unsere Wissenschaft möchte noch »länger«

[1]) Unger, »Ueber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allg. bürgerl. Gesetzbuches« aus Schletter's Jahrb. d. Deutsch. Rechtswissensch. I. (1855) S. 353 ff. abgedruckt im Anhang zum System I. S. 635 ff.

ihren Namen mit Unrecht führen, sondern nur die Furcht, sie könnte »wieder« von ihrer Höhe herabsinken. Stehen wir doch vor einem neuen Abschnitte der Geschichte des Privatrechts, welcher durch die Publication des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich eröffnet ist.

Der festliche Anlass, welchem diese Blätter gewidmet sind, möge es entschuldigen, wenn die nachstehende, ein weit bescheideneres Thema behandelnde Arbeit einen grösseren Hintergrund zu gewinnen versucht durch die Anknüpfung an jene Worte des Meisters der österreichischen Rechtswissenschaft.

Unger hat in dem Gange der Entwicklung der Rechtslehre nach dem Inkrafttreten der grossen Codificationen drei Perioden unterschieden: »Die erste Periode umfasst das Wirken jener Männer, welche ihre wissenschaftliche Ausbildung und ihre practische Tüchtigkeit in der Zeit erhielten, welche der Publication des Gesetzbuches vorherging« — für Oesterreich die Zeit bis gegen 1830, in welche die wissenschaftliche Thätigkeit Zeiller's, Pratobevera's u. A. fällt. »Diese Männer gehen mit ihrer reichen Bildung, mit ihrem umfassenden Wissen an das Gesetz heran und kennen den Zusammenhang desselben mit dem älteren Rechte; sie tragen ihre ausgebildete Theorie in das Gesetzbuch hinein.« Es folgt eine traurige zweite Periode: Die Concentrirung auf das neue Gesetzbuch führt zur Abschliessung gegen alle anderen Quellen des juristischen Wissens, zum Buchstabendienst geistloser Exegese — dem Niveau der Commentare Nippel's, Ellinger's u. A. Die Erlösung aus diesem Zustande der Stagnation konnte überall nur kommen durch die neuerliche Anknüpfung an die Theorie des gemeinen Rechts, an die Forschung der historischen Schule des römischen wie des deutschen Rechts, für die österreichische Juristenwelt hiess das »die innige und dauernde Verbindung mit der deutschen Jurisprudenz«, deren gewaltiger Aufschwung in Oesterreich Jahrzehnte hindurch gar nicht gefühlt worden war. Wie Unger

für die Privatrechtswissenschaft Oesterreichs diese dritte Periode, welche er zu Beginn der 50er Jahre nur erst »dämmern« sah, zur Wirklichkeit gemacht, was er in dieser Periode, welcher er seinen Namen aufgeprägt hat, für die österreichische und überhaupt für die moderne Civilistik geleistet hat, das ist heute in Aller Munde. Die im Savigny'schen Sinne »rechtshistorische Schule« Unger's hat ein Menschenalter hindurch zum Heile der heimischen Rechtslehre ihren Platz behauptet. Aber auch ihre Zeit ist abgelaufen. Es darf, ohne jedes Mäkeln an den Verdiensten der abgeschlossenen Epoche, gesagt werden, dass wir bereits in einer vierten Periode stehen, welcher die nächste Zukunft gehört. »Befreiung von den Fesseln der romanistischen Schuldoctrin, unabhängigere Auffassung und freiere Darstellung« des positiven modernen Rechtes ist ihre Losung, und — Unger selbst ist es, welcher die neue Losung ausgegeben [1]) und damit bewiesen hat, dass wahrhaft grosse Geister niemals stehen bleiben, auch dort nicht, wo bereits das Denkmal ihres eigenen Ruhmes errichtet ist.

Heute nun will unsere Jurisprudenz sich gleichsam vom Vaterhaus emancipiren. Ohne deshalb in die wissenschaftliche Oede jener »zweiten« Periode zurückzufallen, aber auch ohne so, wie es in jener »dritten« geschah, zu »romanisiren«, will sie ihre eigenen Wege gehen auf dem Boden des positiven Rechts. Und das in zweifacher Beziehung: In geschichtlicher Richtung darf — nicht so sehr im Gegensatze, als vielmehr in reinerer Durchführung des »rechtshistorischen« Principes — als die Vorstufe des bürgerlichen Gesetzbuches nicht lediglich das römische Recht und allenfalls ein Ueber-

[1]) Die bescheidene Form, in welche er den Ausspruch in Grünhut's Ztschr. XV. S. 676 N. 8 gekleidet hat, nimmt demselben nichts von seiner Bedeutung. Ein vergleichender Blick auf Unger's neue »Fragmente aus einem System d. öst. Obligationenrechts« (1888, in Grünhut's Ztschr. XV. S. 529 ff.) und die älteren »Fragmente« (1864, in Haimerl's Vierteljahrsschr. XIV. S. 110 ff.) genügt, um die Tragweite des Umschwunges der Methode zu ermessen.

rest germanischer Rechtsgedanken betrachtet werden. Vielmehr gilt es, die Codificationsarbeiten des 18. Jahrhunderts als die staats- und culturgeschichtliche Thatsache zu würdigen, in welcher sich der Uebergang vom Rechte des Corpus juris zum modernen Civilrechte des europäischen Continents vollzieht [1]. Die Dogmatik unseres Rechts aber will nicht mehr einseitig die Pandektenlehre als die alleinige wissenschaftliche Quelle und Richtschnur gelten lassen, wie es die austriacistische Literatur etwa des Jahrzehnts zwischen 1860 und 1870 that. Gerade die hervorragendsten Schriften dieser Epoche bemühen sich nicht nur, ihre der romanistischen Lehre entnommene Auffassung der Rechtsinstitute im allg. B.G.B. wiederzufinden [2], sondern sie sehen in der Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Sätze des Gesetzbuches mit dem römischen Rechte geradezu den Massstab für die Kritik desselben. Erstere wird als »erfreuliche« Thatsache [3], letztere als bedauerliches »Missverständniss« [4] bezeichnet, und nicht selten hat dieses Vorurtheil die Einsicht in den wahren Inhalt der Gesetzesparagraphen getrübt. Die »unabhängigere Auffassung« unserer »vierten Periode« tritt dem positiven Gesetzesinhalt vertrauensvoll entgegen, und, indem sie denselben in seinem ganzen Zusammenhang auch kritisch zu bewältigen sucht, erscheint er ihr als ein Glied der grossen modernen Rechtsmasse, welches nach dem Masse der heutigen socialen, ethischen und ökonomischen Bedürfnisse gemessen werden will.

---

[1]) Für die wissenschaftliche Durchdringung des im allg. B.G.B. niedergelegten Rechtsstoffes ist daher die Anknüpfung an den Codex Theresianus, in welchem sich die Codificatoren gleichsam selbst Rechenschaft gaben über das dem C.J. zu entnehmende Material, von unschätzbarem Werthe. Die Bemerkungen von Pfaff in Grünhut's Ztschr. II. S. 257 f. werden, wie mir scheint, diesen »älteren Materialien« des allg. B.G.B. nicht gerecht.

[2]) S. z. B. die Vorreden zu Randa's Besitz (1. Aufl.) oder Exner's Lehre v. Rechtserwerb durch Tradition.

[3]) S. z. B. Pfaff, Ger.-Ztg. 1868, S. 143.

[4]) Vgl. Unger in der Eingangs angeführten Abhandlung S. 640.

Nichts natürlicher, als dass sich bei dieser Auffassung der Blick auch in die Zukunft richtet und der Gedanke der Reform auftaucht. Hat doch Unger[1]) schon im Jahre 1855 die Revision »das letzte practische Ziel der neuen Richtung« der österreichischen Civilistik genannt, erreichbar allerdings erst nach der kritischen Arbeit »mehrerer Jahrzehnte«, dann aber um so segensreicher, »weil bis dahin in Deutschland wohl manches Hinderniss der Einigung auf dem Gebiete des Civilrechts beseitigt sein werde«. Seither ist diese Rechtseinheit — ohne Oesterreich — für die deutschen Staaten erreicht, weit glänzender noch als sie vorhergesagt war in politischer Beziehung, ob auch in juristisch-technischer Beziehung — darüber zu handeln ist hier nicht der Ort. Gewiss ist, dass »über kurz oder lang der Rechtsfortschritt im Nachbarreiche auf uns einen Druck ausüben wird«, und daher über die Frage der Revision unseres allg. B.G.B., welche bereits von hervorragenden Stimmen gefordert wird[2]), nicht leicht mehr zur Tagesordnung überzugehen ist.

2.

Ich beabsichtige nicht, ex professo zur Frage der Revision des allg. B.G.B. zu sprechen; aber ich möchte den speciellen Gegenstand dieser Abhandlung in einen gewissen Zusammenhang mit der Frage gebracht wissen, und deshalb dürften die wenigen nachfolgenden Bemerkungen immerhin zur Sache gehören.

Eine neue Codification würde, wie anderwärts, so namentlich in Oesterreich gewisse Gefahren für die Rechtswissenschaft mit sich bringen. Wer weiss, ob uns nicht wieder die »blosse Wort- und Paragraphenjurisprudenz«[3]) drohen

---

[1]) A. a. O. S. 648 ff.

[2]) Mitteis, N. fr. Presse v. 8. Dec. 1896; A. Menger, Soc. Aufgaben d. Rechtswiss. (Rectoratsrede 1895) S. 28 f.

[3]) Vgl. Zitelmann, Die Gefahren d. bürgerl. Gesetzb. f. d. Rechtswissensch. S. 14 ff., Lenel, D. brgl. G.B. u. d. Studium d. röm. R. (1896).

würde, welche wir aus der Zeit nach dem Erscheinen des allg. B.G.B. kennen! Und sie wäre heute noch schlimmer als damals, weil es heute schwerer fiele, den Ausweg aus ihrer Wüste zu finden, heute, wo es sehr fraglich ist, ob die mit der Aufnahme ihres neuen Gesetzescodex beschäftigte deutsche Rechtslehre in der Lage wäre [1]), der österreichischen die neu belebende Hilfe zu bieten, wie damals die gemeinrechtliche Schule. Doch entscheidend kann füglich nicht diese Sorge sein, sondern nur die practische Erwägung des Gehaltes unseres alten Gesetzes.

Nun fällt es mir natürlich nicht bei, zu leugnen, dass ein Gesetzbuch, welches nahezu 100 Jahre alt, in gar manchem Punkt auch veraltet ist [2]), an gar mancher Stelle für den modernen Juristen schier unerträgliche Mängel aufweist; es wäre ein Wunder zu nennen, wenn dem nicht so wäre. Mitteis hat a. a. O. eine Reihe solcher Partien genannt, deren Reformbedürftigkeit wohl ausser Zweifel steht, wie das Erbrecht der Ehegatten und der unehelichen Kinder, die Assignation und Schuldübernahme, dann wieder Lücken, die dringend nach Ausfüllung verlangen, wie betreffs der Inhaberpapiere, der Auslobung [3]). Die Beispiele liessen sich leicht vermehren. Da und dort ist auch ein richtiger Gedanke in einem Ausdruck versteckt, welcher wie ein längst aus der Mode gekommenes Kleid erheiternd und verwirrend zugleich wirkt — man denke nur an den Satz von der »Unbeweglich-

[1]) Menger a. a. O. S. 27 ff. findet gerade darin die besonders günstige »Situation« für eine Reform in Oesterreich.

[2]) Begreiflich z. B., dass die Fristen des §. 862 allg. B.G.B., welcher aus den Zeiten der alten Postkutsche stammt, den Juristen im Zeitalter des Telegraphen und Telephons in Verlegenheit bringen können.

[3]) Bezüglich anderer von Mitteis berührter Punkte wird sich wohl noch immer Verschiedenheit der Meinungen zeigen; so, wenn er dem System des Deutschen Gesetzbuchs (§. 1942) den Vorzug gibt vor dem österreichischen Princip des Erwerbs der Erbschaft durch Erbserklärung (vgl. nur Strohal, Deutsch. Erbr. S. 116). Auch über »Hypothek« und »Grundschuld« dürfte noch nicht das letzte Wort gesprochen sein.

keit« der »Fische im Teiche« und des »Wildes im Walde« (§. 295) oder von der »Personeneinheit« der »Theilhaber, so lange alle einverstanden sind« (§. 828)! All dies möchte ich gewiss ebenso gerne verbessert sehen, wie jeder heutige Kritiker des allg. B.G.B., und wenn es möglich wäre, solche Einzelcorrecturen, und seien deren noch so viele, vorzunehmen, ohne den Character — fast möchte ich beifügen: und den Umfang — des Gesetzbuchs zu verändern, so würde ich denn auch in den Ruf nach sofortigem Beginn der Revisionsarbeit einstimmen.

Aber ich fürchte, es würde anders kommen. Unversehens würden wir in einen völligen Neubau gerathen, eine totale Umgestaltung unseres bürgerlichen Rechts, in welcher uns — dafür sprechen alle Zeichen der Zeit, das deutsche Gesetzbuch nicht ausgenommen — die grossen Vorzüge unseres allg. B.G.B. verloren gingen, Vorzüge, welche gewiss nicht bloss die gute alte Gewohnheit uns vorspiegelt, sondern auch die nüchterne Beurtheilung gelten lassen muss [1]: »Die grossartige Kürze«, die im edelsten Sinne populäre Sprache, die glückliche Vermeidung jedes Doctrinarismus. Ja, sogar manche, wenn der Ausdruck erlaubt ist, »gute« Lücke des Gesetzbuches möchte ich nicht gerne missen, welche der wissenschaftlichen Bearbeitung und damit der Fortbildung des Gesetzesrechts die Bahn offen lässt, während eine, nach dem jeweiligen Stande der Theorie vielleicht vollendete, präcise Formulirung nur zu leicht diese Bahn versperrt. Oder darf es nicht beinahe ein Glück genannt werden, dass das allg. B.G.B. nichts weiss vom abstrakten obligatorischen Vertrag [2], oder gar dem vom deutschen bürgerlichen Gesetzbuche hoch-

[1]) Vgl. das Urtheil, welches neuestens wieder Landsberg, Gesch. d. Deutsch. Rechtswissensch. 3. Abth. I. S. 522 ff. über die österreichische Codification ausspricht.

[2]) S. Gierke, Der Entw. eines bürgerl. G.B. S. 225 f.; Dernburg, Lehrb. d. preuss. Pr.R. II. S. 38; auch Schey, Obl. Verh. I. S. 166 ff.

gehaltenen abstrakten »dinglichen Vertrag« [1]) der Pandektenlehre, — dass es die »bloss solidarischen Obligationen« im Gegensatze zur »Correalität« weder anerkennt noch ausdrücklich negirt [2]), — dass es gar nicht den Versuch macht, über die Anfechtung von Rechtsgeschäften allgemeine Grundsätze aufzustellen [3]) — u. a. m.!

Wichtiger aber als alles dies scheint mir ein Anderes. Wenn Unger [4]) seinerzeit betont hat, der »rechte Moment« für die Revision werde erst gekommen sein, sobald in Oesterreich »Schulen tüchtiger Romanisten und Germanisten den Rechtsstoff zu bemeistern vermögen« würden, so darf man wohl sagen, dass die österreichische Civilistik dieses Ziel in dem abgelaufenen halben Jahrhundert erreicht hat. Was sie aber leider, in der Theorie wie in der Praxis, noch immer nicht erreicht hat, das ist die Herausstellung des vollen Inhalts des allg. B.G.B. durch unbefangene, selbständige Verarbeitung der Ergebnisse der Codification des 18. Jahrhunderts. Sie hat den Beruf, welchen Unger der »dritten Periode« ihrer Entwicklung vorgezeichnet hat, erfüllt, aber noch durchaus nicht den der oben characterisirten vierten Periode. Aus diesem Grunde wäre es, wie mir scheint, ein sprunghafter Fortschritt, und deshalb ein nicht ungefährlicher Fortschritt, die neue Arbeit vor Vollendung der älteren Aufgabe in Angriff zu nehmen. Dass dem so ist, obgleich das Gesetz, welchem diese ältere Aufgabe gilt, bereits an die hundert Jahre in Kraft steht, mag zum Theil in dem historischen Verhängniss beruhen, welches dazu nöthigte, die heimische Rechtslehre erst durch langwierige »romanisirende«

---

[1]) S. das bürgerl. G.B. f. d. Deutsche Reich (im Folgenden citirt: D.G.B.) §§. 925, 929, dazu die Motive des I. Entw. (citirt: D. Mot.) III. S. 187; dagegen Strohal, Jahrb. f. d. Dogm. XXVII. S. 335 ff. u. Giltigk. d. Titels (1891) S. 15 f.

[2]) Vgl. Unger, Pass. Correalität u. Solidarität (S.A.) S. 36.

[3]) Vgl. über die Schwierigkeiten, zu welchen dies führt, nur Strohal's Schrift »Die Anfechtung letztwill. Verfügungen im D. Entwurf«, bes. S. 70 ff.

[4]) A. a. O. S. 650.

Arbeit wieder auf die Höhe der deutschen Wissenschaft emporzubringen, zum Theil auch mag es einen Vorwurf bedeuten, der jeden Einzelnen von uns Neueren trifft — an der Thatsache wird dadurch nichts geändert.

Immer mehr zeigt sich, dass eine ganze Reihe einzelner Bestimmungen des allg. B.G.B. Sinn und Kraft gewinnt, wenn man sie, im Geiste jener jüngsten Periode, vorurtheilsfrei zu erfassen sucht, und die systematische Durchforschung des Ganzen — wenn anders man darin nicht gerade das Pandektensystem sucht — fördert reicheren Rechtsinhalt zu Tage, als man gedacht hätte. Wie viel an Anregung und fruchtbaren Rechtsgedanken hat nicht z. B. für das Schädenrecht auf diesem Wege Pfaff[1]) aus demselben 30. Hauptstücke des II. Theiles des allg. B.G.B. zu gewinnen gewusst, welches nur durch eine völlige Umarbeitung zu retten sein sollte! Aus der Lehre des allg. B.G.B. von der Novation, welche dem Romanisten als durchaus verunglückt erscheinen mochte, hat in neuerer Zeit Unger[2]) ein Bild entwickelt, welches an Schärfe der Conturen und practischer Brauchbarkeit den Vergleich mit mancher classisch-römischen Rechtsfigur aushält. Wie gewisse, viel umstrittene Normen (§§. 1358, 1422, 1423), betreffend das Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden lediglich bei derartiger unbefangener Hinnahme der Texte zu ihrem Rechte gelangen, habe ich bei anderer Gelegenheit[3]) zu zeigen versucht. Man mag das Details nennen; aber aus solchen Einzelheiten setzt sich das Ganze zusammen.

---

[1]) »Gutachten üb. d. beantragte Revision d. 30. Hptst. im II. Th. d. allg. B.G.B.« (1880).

[2]) Grünhut's Ztschr. XV. S. 554 ff., während Hruza, Die Lehre v. d. Novation (1881) noch viel zu sehr in der romanistischen Auffassung befangen war (s. Unger a. a. O. S. 556 N. 2), um zum Ziele zu gelangen.

[3]) Schey, Das Regressrecht b. Bezahlung fremd. Schulden (1891). — Ein anderes Beispiel einer Stelle, welche mehr Gehalt hat, als die romanistische Schule (Randa, Besitz S. 153 ff.) zugeben wollte, liefert, wie ich, Obl. Verh. I. S. 314 ff., dargethan zu haben glaube, §. 344 allg. B.G.B.

Interessant aber ist es, dass in nicht wenigen solcher Fälle der Inhalt der Paragraphen des allg. B.G.B. sich als ein durchaus moderner entpuppt. Manche Lösung eines Problems, zu welcher sich die Pandektenlehre erst in neuester Zeit durchgerungen hat, war schon in den schlichten Sätzen des allg. B.G.B. vorhanden. Ich erinnere nur an die »originell und kühn gedachte Irrthumslehre«[1]) der §§. 871 ff. allg. B.G.B., welche den Ideen der neuesten, etwa der Theorie Leonhard's, gewiss näher steht, als der der Digesten; oder an den Gedanken der Haftung für »negatives Vertragsinteresse« auf Grund von »culpa in contrahendo«, welche bereits Jhering[2]) in den §§. 248 und 866 allg. B.G.B. zu entdecken überrascht war; oder an das im §. 896 allg. B.G.B. verwirklichte Postulat eines Regresses zwischen Correalschuldnern, welches aus den römischen Quellen zu deduciren man sich vergeblich abgemüht hat[3]); oder an die Scheidung zwischen originärem und derivativem Besitzerwerb (§§. 314 f. allg. B.G.B.), welche in der Pandektendoctrin so spät zur Anerkennung gelangt ist[4]); oder endlich, um die Beispiele nicht weiter zu häufen, an das sociale Princip[5]) einer Haftung für Schaden ohne culpa, welches, wenn auch nur im Keime, §. 1305 allg. B.G.B. enthält[6]).

Das genügt wohl, um zu zeigen, dass die Arbeit, von welcher oben die Rede war, durch welche erst noch der volle

---

[1]) Strohal, Die Giltigk. d. Tit. S. 15. Bei dieser Gelegenheit darf auch bemerkt werden: Was Mitteis a. a. O. dem neuen Deutschen Gesetzbuche nachrühmt, »dass der Rechtsirrthum — das traurige Privileg der besitzlosen Classen — nicht mehr ein unverzeihliches Verbrechen ist«, kann wohl auch schon für das allg. B.G.B. (§. 326, 1431) gelten.

[2]) Jahrb. f. d. Dogm. IV. S. 44 ff.

[3]) Vgl. nur Unger, Pass. Correal. S. 65 f.; Jhering, Jahrb. f. d. Dogm. X. S. 344 f.

[4]) In Folge dessen aber auch lange nicht in der neueren österreichischen Literatur; s. darüber Strohal, Succession in den Besitz S. 18 f. N. 30.

[5]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 140; Gierke, Sociale Aufgabe d. Privatr. S. 19.

[6]) Pfaff, Gutachten S. 39 ff.; Unger a. a. O. S. 147, N. 12.

Inhalt unseres alten Gesetzes erschlossen werden sollte, die Mühe lohnen würde, auch wenn man an ihren Erfolg den Massstab der heutigen fortgeschrittenen Rechtsentwicklung anlegt. Um das Mindeste zu sagen, würde sie jedenfalls für eine künftige Revision des Gesetzbuches reiches Material in dem Sinne liefern, dass sie klar machen würde, was bei einer solchen nicht reformirt werden sollte.

3.

Wie manche Sätze des allg. B.G.B. moderne Beleuchtung nicht bloss vertragen, sondern in ihr erst zu voller Geltung gelangen, das möchte ich nun im Folgenden zu zeigen versuchen an dem Beispiele der Normen über den »redlichen und unredlichen Besitz«, selbstverständlich ohne irgend bei diesem Anlass eine erschöpfende Darstellung der Rechtsinstitute geben zu wollen [1]).

Die wichtigsten der einschlägigen Fragen haben jüngst auf dem Boden des römischen Rechts eine, im besten Sinne, moderne Behandlung erfahren in den Schriften von Petražycki [2]). Er verlangt, dass der Civilist nicht bloss die Dogmatik des Rechts pflege, sondern »die sociale Bedeutung und Wirkung der civilrechtlichen Begriffe, Institute und Sätze feststelle«; denn das Civilrecht »bilde das Fundament der Socialordnung«. Der »richterlich-dogmatischen« stellt er die »politische Methode« entgegen. »Der Richter und der Dogmatiker nimmt gewisse Thatsachen als geschehen an und sucht nach einer passenden Entscheidung«; der Politiker »muss erwägen, welche Motive der von ihm analysirte Satz (schon durch seine blosse Existenz) bei dem Menschen schafft« [3]). Die Vernachlässigung

---

[1]) Man wird mir daher auch nachsehen, wenn ich keine Vollständigkeit der Literaturangaben anstrebe.

[2]) »Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten« (1892) und »Die Lehre vom Einkommen«, I. Band (Grundbegriffe) (1893).

[3]) »Einkommen« I. S. 327—330.

namentlich dieses letzteren Gedankens, des Princips der »Motivation«, trübt die geschichtliche Erkenntniss des gewordenen Rechts, wie das Verständniss des werdenden Rechts, die Urtheilsfähigkeit de lege lata wie de lege ferenda.

Die von Petrażycki mit wahrem Feuereifer vertretenen Gedanken sind nicht schlechthin neu zu nennen. Der »Zweck im Recht« ist kaum jemals gänzlich übersehen, seit Jhering aber ein Stück des Glaubensbekenntnisses der neueren Rechtswissenschaft geworden[1]); das »sociale Recht« aber kann heute, seit Gierke, Anton Menger, Steinbach u. A. ihm das Wort führen, nicht mehr als Stiefkind auch der zünftigen Jurisprudenz bezeichnet werden. Und für eine Uebertreibung muss ich es auch halten[2]), wenn Petrażycki aus der von ihm vertretenen juristischen Anschauungsweise eine neue selbständige Disciplin machen will, die »Civilpolitik«. Aber ein Verdienst, welches ihm nicht vergessen werden darf[3]), bleibt es, dass er mit ebenso viel methodischer Consequenz als offenem Blick für das Leben jenen Gedanken in der Bearbeitung der riesigen Masse einzelner Aussprüche der Quellen nutzbar zu machen und dadurch dessen practischen Werth darzuthun gewusst hat. Die oft überraschenden Resultate seiner Quellenexegese sind ein sprechender Beweis für die, auch bereits von anderer Seite ausgesprochene Wahrheit, dass »die gesetzespolitische Betrachtungsweise auch für die Dogmatik von grösster Wichtigkeit ist; denn die Gesetzespolitik ist Interpretativmittel«[4]).

Sehen wir zu, ob sich die »civilpolitische« Methode nicht auch für die Auslegung des allg. B.G.B. fruchtbar erweist.

---

[1]) Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 9; Gierke, Soc. Aufg. S. 3.

[2]) A. A., wie es scheint, Oertmann, Grünhut's Ztschr. XXII. S. 314.

[3]) Vgl. auch die Urtheile von Leonhard, Ztschr. d. Sav. Stift. XIV. S. 275, 279. und Oertmann a. a. O. S. 301.

[4]) So mit Recht Kohler in Grünhut's Ztschr. XXIII. S. 224 gegen Menger a. a. O. S. 8. Vgl. auch Zitelmann a. a. O. S. 19.

Man wird den Versuch nicht etwa deshalb für verfehlt erachten, weil damit Theorien in das Gesetz hineingetragen würden, von welchen dessen Verfasser sich nichts träumen liessen. Gewiss haben unsere Codificatoren nicht Petrażycki's »civilpolitische« Methode bewusst gehandhabt, so wenig, wie das Tribonian oder die classischen Juristen gethan haben. Allein, so wie die römischen Meister der Rechtswissenschaft zumeist nur die Organe der »unbewussten Gesetzgebungsweisheit des Gewohnheitsrechtes« waren [1]), so haben auch die Gesetzgeber des 18. Jahrhunderts gar manchen Satz, welchen wir heute volltönend als »sociales« Postulat bezeichnen, mit naivem Verstande als practisch nothwendig erkannt. Als Motivirung aber genügte ihnen der Hinweis auf die »Billigkeit« oder die »Sicherheit des Handels und Wandels« [2]), oder wohl auch das »Naturrecht«, welches nicht selten ihr theoretisches Gewissen beruhigen musste, wo ihr Rechtsgefühl sie trieb, römische Dogmen fallen zu lassen [3]). So kommt in dem fertigen Gesetzbuche kraft des organischen Zusammenhanges der Rechtsinstitute, des inneren Gewichts der die Ver-

[1]) Leonhard a. a. O. S. 279; vgl. Petrażycki, Fruchtverth. S. 202 ff., auch Jhering, Geist des r. R. III. §. 59.

[2]) Die »socialrechtlich« nothwendige Haftung auch des Unzurechnungsfähigen (§. 1310 allg. B.G.B.) für Beschädigung (Gierke a. a. O. S. 33) begründen die Codificatoren (s. Protocolle d. allg. B.G.B., herausgegeb. v. Ofner, II. S. 189) als »den Ansichten der Billigkeit angemessen«. Der Erwerb »aus Macht Rechtens« (§. 367 allg. B.G.B., »Hand muss Hand wahren«) ist im Cod. Ther. II. 8, Nr. 2 als Postulat von »Recht und Billigkeit« bezeichnet; der Entw. Martini II. 6, §. 11 sagt: »Die Sicherheit des Handels und Wandels erheischet nämlich diese Vorkehrung.«

[3]) So die Protocolle a. a. O.: »Nicht nur dem Naturrechte, wie selbst Ref. anerkennt, sondern auch . . . den Ansichten der Billigkeit sei es angemessen . . .« — Bei anderen Gelegenheiten freilich spielt das Naturrecht bei der Codificationsarbeit auch wieder die Rolle der »Begriffsjurisprudenz«, gegen deren vermeintlich logisch nothwendige Consequenzen sich der Zweckgedanke erst durchkämpfen muss, s. z. B. Protocolle I. S. 232: »Nach dem Naturrechte lasse es sich schwer beweisen . . . allein die bürgerliche Gesetzgebung könne, um verwickelte Streitigkeiten und Berechnungen zu beseitigen, einen Abschnitt machen . . .«

hältnisse bewegenden Rechtsgedanken jene »sociale« Bedeutung der einzelnen Vorschriften zur Geltung, obgleich — vielleicht gerade weil den Codificatoren jener Zeit die theoretische Formel für solche Ideen fehlte. Dass dann die »Materialien« des Gesetzbuches in der hier interessirenden Richtung nur in den seltensten Fällen unmittelbaren Aufschluss geben, ist begreiflich, aber kein Grund, uns bedenklich zu machen.

4.

Um nunmehr zu meinem unmittelbaren Gegenstande zu kommen, soll die nächste Aufgabe sein, den Inhalt der Normen festzustellen, welche das allg. B.G.B. für zwei Fragen enthält:

I. Das Recht auf die Früchte einer Sache (Fruchtrecht),

II. den Ersatz für Verwendungen auf eine Sache (Impensenersatz)

bei redlichem und unredlichem Besitz. Ich brauche, nach allem bisher Ausgeführten, nicht erst zu sagen, dass dabei die »ratio« oder, um mit Petražycki zu sprechen, die »civilpolitische« Bedeutung der betreffenden Sätze stets im Auge zu behalten sein wird. Die beiden eben genannten Fragen aber kreuzen sich mit der weiteren

III. nach dem Begriff des »redlichen« und »unredlichen Besitzes« im allg. B.G.B.

Auf den ersten Blick möchte es nothwendig scheinen, vor jenem ersten Fragenpaar diese dritte zu beantworten, da füglich der Begriff des redlichen Besitzes nach Inhalt und Umfang feststehen müsse, bevor die an denselben geknüpften Rechtsfolgen verstanden und auf ihre legislatorische Tragweite geprüft werden können. Auch das allg. B.G.B. selbst scheint für diesen Weg der Untersuchung zu sprechen; denn es geht — §§. 326 ff. — von der Begriffsbestimmung »redlicher und unredlicher Besitzer« aus, um an diese die Vorschriften über die

»Rechte« und die »Verbindlichkeit« des einen und des anderen (§§. 329 ff., §§. 335 f.) anzuschliessen. In der That können auch die für die I. und II. Frage zu findenden Antworten zu voller Evidenz erst dann gelangen, wenn auch die III. Frage klar gestellt ist. Allein das gilt ebenso gut umgekehrt. Die Sicherheit der Ergebnisse aber verbürgt die inductive Methode besser als die deductive [1]. Die positiv disponirenden, und deshalb verlässlicheren, sind die Sätze (der §§. 329 ff.), welche die concreten Folgen der »Redlichkeit« und »Unredlichkeit« des Besitzes aussprechen. Auf sie gestützt kann dann am besten die für die Begriffe gewählte Formel (des §. 326) analysirt werden. Deshalb beginne ich mit den Fragen I und II.

Das Gebiet, für welches diese Fragen ins Auge zu fassen sind, muss ich hier — aus äusseren Gründen — enger abstecken, als das der Tragweite der bezüglichen Bestimmungen des allg. B.G.B. entspricht [2]. Es soll hier nur das Verhältniss zwischen dem Sachbesitzer und dem die Sache vindicirenden Eigenthümer untersucht werden, das, auch nach der Ansicht der Codificatoren, wichtigste Anwendungsgebiet der Rechtssätze über den Fruchterwerb und den Impensenersatz [3].

Zu der oben genannten III. Frage aber, welche den Begriff der bonae fidei possessio und damit auch die juristische Triebkraft des Gegensatzes zwischen redlichem und unredlichem Besitz angeht, muss ich einige allgemeine Bemerkungen vorwegnehmen.

---

[1]) Entgegengesetzt z. B. Köppen, Der Fruchterwerb d. b. f. possessor S. 14 f.: »Die Untersuchung . . . muss von dem Grunde des Erwerbes ausgehen und nach ihm die juristische Natur desselben bestimmen.«

[2]) Namentlich eine Erörterung der interessanten, und von der herrschenden Doctrin kaum richtig beurtheilten, Subsumtion auch bloss obligatorischer Rückforderungsansprüche unter die Normen für den »redlichen und unredlichen Besitz« (§. 1437 allg. B.G.B. u. a.), muss ich für andere Gelegenheit aufsparen.

[3]) Vgl. Protocolle I. S. 253 (zu §. 379 allg. B.G.B.).

Der Klang der althergebrachten Namen — »bona, mala fides«, »guter, böser Glaube«, »redlicher, unredlicher Besitz« — zum Theil wohl auch das Bestreben, für die »bona fides« des Besitzes und die »bona fides« obligatorischer Verpflichtungsverhältnisse, den »guten Glauben« und »Treu und Glauben« [1]), a priori ein gemeinsames Mass zu finden [2]), haben immer wieder dazu verleitet, die Differenzirung in sittlichen Momenten zu suchen, die ethisch zu billigende oder zu verwerfende Gesinnung [3]) als das auch rechtlich entscheidende Kennzeichen des bonae oder malae fidei possessor anzusehen. Begünstigung oder Belohnung des »Guten«, härtere Behandlung oder Bestrafung des »Bösen« sollte demgemäss der Zweck der Rechtssätze sein; der Besitzer werde besser oder schlechter gestellt je nachdem, wie er es »verdient« [4]). Mit Recht ist Petražycki [5]) dieser Auffassung entgegengetreten, wenngleich er die seinige wohl nicht bis zu dem Satze hätte zuspitzen sollen: »Wenn mala fides an sich keine Sünde ist, bona fides keine positive Tugend, dann sind sie also vom

---

[1]) D.G.B. §. 242, dazu Stammler, Das Recht d. Schuldverhältnisse S. 36 ff.

[2]) So besonders Bruns, Wes. d. bona fides S. 78 ff.; Bechmann, Der Kauf I. S. 619 ff.; Pfersche, Privatrechtl. Abhandlg. S. 114 f.; speciell für das österreichische Recht Krasnopolski, Schutz d. redl. Verkehrs S. 41; dagegen aber Pernice, Labeo II. (2. Aufl.) S. 459; Klein, Sachbes. u. Ersitzung S. 302; Pfaff-Hofmann in Holtzendorff's Rechtslex. v. »bona fides«.

[3]) O. Mayer, Die justa causa S. 136; Pfersche a. a. O. S. 114; auch Lotmar, D. unmoral. Vertr. S. 10: »Die bona fides ein moralischer Begriff«; vgl. Jhering, Schuldmoment S. 22, 50.

[4]) S. nur Randa, Besitz S. 173. Es kann nicht überraschen, dass auch in den Berathungen der Gesetzgebungscommission dieser Gedanke begegnet; Protocolle II. S. 371: »Da man überhaupt weniger Rücksicht auf einen unredlichen Besitzer zu nehmen habe . . .«; vgl. auch §. 333 allg. B.G.B.: »Selbst der redliche Besitzer . . .«; s. aber noch unten Nr. 10.

[5]) Fruchtverth. S. 165 ff. Gegen die übertriebene Hervorkehrung des Sittlichkeitsstandpunktes siehe übrigens schon Klein a. a. O. S. 320, 324, 337 f.

Standpunkt der Ethik begrifflich gleich«[1]). Er selbst wird ja kaum bestreiten, dass ethische Motive denn doch auch ein Wort mitzusprechen haben. Es fragt sich nur, in welchem Sinne? Gewiss bildet die missbilligte Gesinnung — dolus, culpa — eine Grundlage, wenngleich heute lange nicht mehr die einzige, für die Schadenzurechnung im Privatrechte, und die gute Gesinnung findet auch im Rechte ihren Lohn[2]). Aber damit ist noch nicht gesagt, dass überall dies den Ausschlag gebe. Dogmatisch hat das moralische Moment im Rechte zumeist nur negative Bedeutung[3]). Mitunter ergibt sich die »bessere« Behandlung des in »gutem« Glauben Befindlichen einfach daraus, dass bei ihm das positive Element der Zurechnung gewisser nachtheiliger Folgen fehlt, welches bei dem »Bösgläubigen« zutrifft[4]). In anderen Fällen wieder wird die rechtliche Normirung eines Verhältnisses, welche dessen Zwecken objectiv angemessen erschiene, durch die Bedingung der »bona fides« subjectiv eingeschränkt, weil sie sonst ihrer practischen Wirkung nach ein ethisch verwerfliches Verhalten fördern würde. Nicht die »günstige« Behandlung des guten Glaubens ist in solchem Falle das Besondere, sondern die Ausschliessung des Schlechtgläubigen von der Geltung der Norm, und der gesetzgeberische Zweck der Norm daher offenbar weder das eine noch das andere.

So ist es, um ein Verhältniss herauszugreifen, welches sich nahe mit unserer Hauptfrage berührt, unrichtig, den »Schutz des redlichen Verkehrs«, vermöge dessen Eigenthum erworben werden kann trotz mangelnden Rechts

---

[1]) A. a. O. S. 169. Dagegen mit Recht Dernburg, Pand. (5. Aufl.) I. S. 458, N. 3.

[2]) Vgl. Jhering, Zweck im Recht I. Cap. VII: »Die Hebel der socialen Bewegung«; auch Kohler, Jahrb. f. d. Dogm. XXV. S. 129 ff.

[3]) Dass die Moral, »ausser und vor dem Rechte« stehend (Brinz, Pand. I. S. 67), als Quelle der Rechtsbildung, also historisch positiv wirkt, ist damit natürlich nicht geleugnet.

[4]) Vgl. unten Nr. 6.

des Vormannes (»Hand muss Hand wahren«, §. 367 allg. B.G.B.), so wie die ältere Schule meinte [1]), als eine »billige« Berücksichtigung der individuellen bona fides des Erwerbers hinzustellen. Das Gesammtinteresse der Sicherheit des Eigenthums in seiner Bewegung aus einer Hand in die andere [2]) ist es, welchem zu Liebe die Vindication in diesen Fällen abgeschnitten und dem Erwerber das unanfechtbare Eigenthum zugesprochen werden muss. Die Voraussetzung des guten Glaubens im concreten Falle ist eine Concession, welche dem Bedürfnisse des »Handels und Wandels« abgerungen ist, um nicht durch eine an sich gerechtfertigte Regel des Eigenthumsverkehrs der Unmoral Vorschub zu leisten. Dass dem so ist, lehrt die geschichtliche Thatsache, dass die älteren deutschen Rechtsquellen, welche den Satz »Hand muss Hand wahren« oder ähnliche aufstellen, von dem Erforderniss des gutgläubigen Erwerbs noch gar nichts wissen [3]).

Was nun aber speciell die Antithese von »redlichem und unredlichem« Besitz betrifft, so gelten für uns nicht Deductionen aus dem übrigens mehrdeutigen [4]) Wortsinne, sondern lediglich der Standpunkt des positiven Gesetzes. Mag sein, dass dem römischen Juristen »bonae fidei possessio« der »gerecht« erworbene Besitz war und deshalb verträglich mit dem Bewusstsein (nach jus civile), nicht Eigenthümer zu sein [5]);

---

[1]) Man stellte bei der Construction des Erwerbs das Verschulden des Eigenthümers der Schuldlosigkeit des Erwerbers gegenüber, s. Zeiller, Comm. II. S. 133 f., nach dem Vorgange von Suarez, Jahrb. f. d. preuss. Gesetzgeb. XLI. S. 86, aber auch noch die Motive zu dem (I.) Entwurf des Deutschen B.G.B. III. S. 344. Dagegen Krasnopolski a. a. O. S. 22 ff., 35 f.

[2]) Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. VIII. S. 225 f. Dass es sich dabei nicht um eine Begünstigung der Person des Erwerbers handelte, beweist wohl zur Genüge schon der Umstand, dass der Rechtssatz besonders frühe als »Judenrecht« auftaucht (Goldschmidt a. a. O. S. 266 ff.).

[3]) Stobbe, Handb. d. Deutsch. Pr.R. II. §. 93.

[4]) Vgl. unten Nr. 12.

[5]) Bruns a. a. O. S. 89 ff.; Brinz, Z. R. d. bonae fidei possessio (Festgabe f. Arndts) S. 92 ff.; Pernice a. a. O. S. 465 f.

in das allg. B.G.B. hat dieser Gedanke, obgleich er bei der Berathung des §. 326 in Erinnerung gebracht war[1]), Aufnahme nicht gefunden. Im Sinne des allg. B.G.B. bedeutet »redlicher Besitz«, soweit ihm specifische Rechtsfolgen beigelegt sind, eine irrthümliche Meinung, einen Fehler desjenigen, der die Sache besitzt; Zeuge dessen der Text des §. 326. Ein Fehler nun kann unter Umständen entschuldbar, aber »gut«, im ethischen Sinne des Wortes, kann er niemals sein.

Und auf der anderen Seite widerstrebt den Normen des allg. B.G.B. auch der Gedanke, dass der »unredliche« Besitz stets sittlich anrüchig sei. Gegen das Gebot von Recht und Sitte vergeht sich der »praedo«, aber nicht jeder malae fidei possessor[2]). So vor allem nicht der (ehrliche) Finder. Der Mann weiss, dass die Sache, die er an sich nimmt, »einem Anderen zugehöre«, er ist somit »ein unredlicher Besitzer« nach dem klaren Worte des §. 326 allg. B.G.B. Und doch ist er »ehrlich« vor dem Urtheil der Moral, da er das verlorene Gut des Mitmenschen birgt, »ehrlich« vor dem positiven Recht, dessen Vorschriften bezüglich des Fundes er genau in Acht nimmt (§. 393 allg. B.G B.), und von welchem er sogar einen »Lohn« zugebilligt erhält. Dies Doppelgesicht des Finders aber spiegelt sich deutlich in dem characteristischen

---

[1]) Die Facultät Freiburg hatte bemerkt, »man müsse, da ein Finder, welcher weiss, dass die Sache einem Anderen gehöret, dennoch ein redlicher Besitzer sein kann, vielmehr (in §. 326) sagen: ‚wer sich in Bezug auf den Besitz der Sache keiner Ungerechtigkeit bewusst ist, ist ein redlicher Besitzer‘ u. s. w.«, doch lehnte Zeiller diese Erinnerung ab, allerdings mit einer sehr bedenklichen Motivirung (vgl. Pfaff, Grünhut's Ztschr. II. S. 299).

[2]) Die österreichischen Schriftsteller gehen aber zumeist von der Vorstellung aus, dass »der unredliche Besitzer sich eigentlich in fortwährendem Verschulden befinde«; s. Stubenrauch zu §. 335; Winiwarter, österr. bürgerl. R. II. S. 89; auch Pfaff, Ger.-Ztg. 1868, S. 125, 127; Krainz-Pfaff, Syst. I. S. 654. Vgl. dagegen Leonhard a. a. O. S. 279: »Es gibt zwar redliche malae fidei possessores, nicht aber auch unredliche bonae fidei possessores.«

Ausdrucke derjenigen Bestimmung (§. 392 a. E.) des allg. B.G.B., welche ihn zuletzt »gleich einem redlichen Besitzer« behandelt wissen will — einer Wendung, welche zeigt, dass sein Besitz einerseits nicht ein vom Rechte reprobirter ist, andererseits aber auch nicht wirklich ein »redlicher« im technischen Sinne des §. 326 [1]). Um in dieser Richtung keinen Zweifel aufkommen zu lassen, haben die Codificatoren die Formel des Entwurfes (Westgal. G.B. II §. 121) corrigirt, welche gelautet hatte: »gleich einem anderen redlichen Besitzer« [2]). Dass der »ehrliche Finder« kein wahrer bonae fidei possessor ist, wird denn auch ziemlich allgemein anerkannt, gewöhnlich jedoch damit begründet, dass er nicht juristischer Besitzer, sondern blosser Inhaber der Sache sei, da ihm der animus domini mangle [3]). Sei er überhaupt nicht »Besitzer«, so sei er natürlich auch nicht »redlicher Besitzer«. Mit anderen Worten, nicht weil es an der »Redlichkeit«, sondern weil es am »Besitz« fehle [4]), passe der Finder nicht unter den Legalbegriff des §. 326. Und damit wären auch alle Schlüsse aus der Behandlung des Finders auf den Inhalt dieses Legalbegriffes der »Redlichkeit« hinfällig. Allein unsere Commentatoren sind da gewiss nicht auf dem richtigen Wege. Die Gleichstellung des Finders mit dem »redlichen Besitzer« in §. 392 cit. bezieht sich auf jenes Stadium, in welchem dem

[1]) S. über die Bedeutung des Sprachgebrauches des allg. B.G.B., wo es zwei Dinge »gleich« setzt, Pfaff in Grünhut's Ztschr. VIII. S. 739 ff. und zu der Formel »gleich einem redlichen Besitzer« insbes. Krasnopolski in d. Prager jur. Vierteljahrsschr. Jahrg. 1891, S. 81 f. Vgl. auch Zeiller, Comm. II. S. 175.

[2]) Vgl. Protocolle I. S. 231. Ebenso wurde Westgal. G.B. II. §. 304 in §. 515 allg. B.G.B. verbessert, wo die Protocolle I. S. 316 den Grund ausdrücklich wie im Texte angeben.

[3]) So die Commentare von Nippel, Winiwarter, Stubenrauch zu §. 392; Pachmann, Verjährung S. 115 f.; Grassl in Haim. Magaz. VII. S. 96 f. und von Neueren Krainz-Pfaff I. S. 556.

[4]) Ofner, Sachenr. S. 83, spricht dem Finder geradezu »rechtmässige redliche Innehabung« zu.

Finder (nach Ablauf der Edictalfrist des §. 391) die Nutzung der Sache gewährt ist und damit zugleich die Anwartschaft auf deren Eigenthum nach Verstreichen einer weiteren (der Verschweigungs-) Frist. Von da ab hat der Finder somit aufgehört, lediglich Verwahrer des fremden Gutes zu sein, vielmehr ist er zum Inhaber in eigenem Interesse geworden, mit der Aussicht und Absicht, eventuell das Eigenthum zu erlangen. Mag man sich nun zu der Construction des Verhältnisses vom Augenblicke des Fundes an wie immer stellen, für dieses Stadium, welches, wie gesagt, bei der Erörterung des §. 392 allein interessirt, trifft es danach in der That zu, dass der Eigenthümerwille des Finders bereits »im Vordergrunde« steht[1]), kurz, dass er als juristischer Besitzer zu betrachten ist. Dann aber bleibt es dabei, dass er ein »ehrlicher«, und doch im gesetzlichen Sinne »unredlicher« Besitzer ist.

Nicht anders der redliche Erwerber, z. B. der Käufer, welcher erst hinterher erfährt, dass er eine Sache von einem nichtberechtigten Vormanne, vielleicht dem Diebe übernommen hat, der aber, weil er etwa den wahren Eigenthümer noch nicht kennt, die Sache dennoch bei sich behält. Gewiss hört er auf bonae fidei possessor zu sein; aber wird man ihm einen Vorwurf daraus machen wollen, dass er die Sache behält, statt sie seinem Auctor zurückzugeben[2])? Sicherlich nicht, wäre sie doch damit für ihren Eigenthümer leicht endgiltig verloren. Das Gesetz anerkennt auch hier das Verdienst des

---

[1]) Kuntze, Zur Besitzlehre S. 69 f.; Jhering, Der Besitzwille S. 422 f. Für dies Stadium dürften auch die Einwendungen von Baron, Jahrb. f. d. Dogm. XXX. S. 206, N. 1 (vgl. aber auch Hruza in Grünhut's Ztschr. XXIV. S. 230, N. 22) nicht zutreffen. Auf »Eigenbesitz« des Finders kommt auch Strohal, Jahrb. f. d. Dogm. XXXI. S. 15 ff. hinaus. Für das österr. R. hat Besitzwillen des Finders nach Ablauf der Jahresfrist des §. 391 allg. B.G.B. schon Helfert in Wagner's Zeitschr. 1827, I. S. 303 ff. behauptet.

[2]) Vgl. Petražycki, Fruchtverth. S. 167; auch Unger, Syst. II. S. 539, N. 22; D. Mot. III. S. 395.

»unredlichen« Besitzers, indem es ihm unter Umständen, ähnlich wie dem Finder, sogar »eine angemessene Vergütung« zuspricht (§. 333 allg. B.G.B.). Auch auf §. 338 allg. B.G.B. darf in diesem Zusammenhang hingewiesen werden: Durch die Klagzustellung wird der Besitzer, wie noch unten zu zeigen sein wird [1]), stets »unredlicher Besitzer« im Sinne des Gesetzes; gleichwohl ist das Gesetz, wie der Schlusssatz des §. 338 allg. B.G.B. a contrario ergibt, weit davon entfernt, es dem Geklagten überall als sträflich anzurechnen, dass er sich in den Process einlässt und seinen Besitz einstweilen noch fortsetzt.

Ein Argument gegen diese Auffassung könnte man allenfalls aus §. 345 allg. B.G.B. entnehmen wollen. Wenn nämlich wirklich, wie der Wortlaut dieser Stelle auf den ersten Blick zu sagen scheint, jeder »unechte« (vi, clam oder precario erlangte) Besitz zugleich »unredlich« zu nennen wäre, »unredlicher Besitzer« also auch derjenige, welcher in der Ueberzeugung von seinem guten Rechte, ja möglicherweise sogar auf Grund eines ihm thatsächlich zustehenden Rechts, sich durch Gewalt oder List in den Besitz gesetzt hat, — dann könnte die »Unredlichkeit« allerdings nur in der Unerlaubtheit der Handlung, der subjectiven Auflehnung gegen die Ordnung des Rechts gefunden werden. Allein man ist heute darüber einig, dass §. 345 cit. nicht so interpretirt werden darf[2]), dass er vielmehr die »Unechtheit« als eine von der »Rechtmässigkeit«, wie von der »Redlichkeit« ganz unabhängige Qualification des Besitzes hinstellen will. Der nicht ganz correcte Ausdruck des §. 345 erklärt sich daraus, dass gewöhnlich allerdings nur der nicht Gutgläubige zu den verpönten Mitteln greifen wird, die den Besitz fehlerhaft machen.

Nach alledem dürfte so viel feststehen, dass für das

---

[1]) S. unten Nr. 9 a. E.

[2]) S. nur Randa, Besitz S. 312 u. die das. N. 41 citirten Schriftsteller; auch Burckhard, Syst. III. S. 77.

allg. B.G.B. nicht die gute und böse Gesinnung der Grund, nicht Lohn und Strafe der Zweck der verschiedenen Normen für den redlichen und unredlichen Besitz sind, dass also — mag sich als die wahre ratio des Gegensatzes welche immer herausstellen — dieser Hintergedanken die Untersuchung nicht beherrschen darf.

5.

Damit wende ich mich nun der

I. Frage zu, dem **Fruchtrecht bei redlichem und unredlichem Besitz**

und zwar zunächst

A. mit Bezug auf Naturalfrüchte[1]).

Es bedarf kaum einer besonderen Begründung, wenn im folgenden auf die Erträgnisse landwirthschaftlicher Grundstücke exemplificirt wird. Bei Häusern kommen nur Civilfrüchte in Betracht (L. 36 D. de usur. 22, 1), bei Mobilien an fructus naturales fast nur solche von Thieren. Diese aber spielen, soweit sie nicht selbst wieder als Zugehör der Landwirthschaft von Belang sind, eine ganz verschwindende Rolle neben den Producten des Landbaues, welche denn auch von den Römern als »fructus« schlechthin bezeichnet zu werden pflegen [2]).

a) Die Haftung des unredlichen Besitzers für Früchte

ist im allg. B.G.B. nicht anders geordnet als in allen Gesetzgebungen von Justinian bis herauf zum bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reiches [3]); sie erstreckt sich auf die fructus »percepti«, und zwar »extantes« wie »consumpti«, und

---

[1]) Zur Abgrenzung des Begriffes s. unten Nr. 8.

[2]) Vgl. Göppert, Organ. Erzeugnisse S. 38.

[3]) §. 990 bezw. §. 987 D.G.B.

die fructus »percipiendi (neglecti)«. Man findet das ganz selbstverständlich [1]). Dennoch lohnt es sich, einen Blick auf die dem §. 335 allg. B.G.B. zu Grunde liegenden Rechtsgedanken zu werfen.

Bezüglich der »fructus extantes« waltet allerdings einfach die Rechtsconsequenz des Eigenthumsrechtes: »Die natürlichen Früchte wachsen dem Eigenthümer des Grundes zu« (§. 405. allg. B.G.B.); sie unterliegen deshalb der Vindication des Eigenthümers der Muttersache so wie diese selbst [2]). Nicht so bezüglich der »fructus consumpti«. Von Eigenthumsansprüchen kann hier nicht die Rede sein, da deren Object nicht mehr existirt. Und auch über den Gesichtspunkt der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung, welcher in §. 335 allg. B.G.B. gestreift ist [3]), geht die dem malae fidei possessor auferlegte Haftung für Ersatz des vollen Schadens hinaus. Nur der Grundsatz der Haftung für Verschulden erklärt diese Ersatzpflicht [4]), gleichviel, ob man sich unter dem »unredlichen Besitz« nur wissentliche Rechtsverletzung denkt, oder auch eine auf unentschuldbarem Irrthum beruhende, also fahrlässige Beeinträchtigung fremden Rechts. Denn auch in letzterem Falle erscheint doch die Consumtion der Früchte als Folge jener in der Besitzergreifung gelegenen culpa, da das Gesetz davon ausgehen kann und muss, bei Kenntniss des wahren Sachverhalts würde der Besitzer jeden weiteren Eingriff in das fremde Eigenthumsrecht unterlassen haben.

Was aber die »fructus percipiendi« anbelangt, so

---

[1]) Vgl. z. B. Randa, Das Eigenthumsr. I. (2. Aufl.) S. 377 f.

[2]) Von dem eigenthümlichen Standpunkte der Theorie, welche Weiske, Ger.-Ztg. 1853 Nr. 44 »über die Früchte nach dem allg. B.G.B.« aufgestellt hat, wäre allerdings auch dies schon inconsequent.

[3]) §. 335 allg. B.G.B.: »alle erlangte Vortheile zurückzustellen«. Vgl. D.G.B. §. 988.

[4]) Vgl. Petrażycki, Fruchtverth. S. 113 f.; Winiwarter a. a. O. II. S. 89: »Die Verpflichtungen des unredlichen Besitzes sind also theils aus dem Rechte des Eigenthümers, theils aus seinem Verschulden herzuleiten«.

genügt auch der Hinweis auf das Culpaprincip nicht, um alles zu erklären. Wenn die Besitznahme im einzelnen Falle — und das mag füglich für viele Fälle von malae fidei possessio zutreffen — an sich schuldbar ist, sei es nun dolus, wie bei dem »invasor rei alienae«[1]), oder blosse Fahrlässigkeit in der Beachtung fremder Rechte, dann kann allerdings auch hier gesagt werden, der Besitzer habe schon nach allgemeinen Grundsätzen »allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen«, und dahin gehöre auch der Ersatz für die Früchte, »welche der Verkürzte erlangt haben würde« (§. 335 allg. B.G.B.). Eines muss aber sofort bemerkt werden. Wenn auf »allgemeine Grundsätze« zurückgegriffen werden soll, so können das doch immer nur die allgemeinen Regeln des positiven Gesetzes sein, für uns des allg. B.G.B. Diese aber anerkennen eine Haftung für lucrum cessans — und um solches handelt es sich im Falle der »fructus neglecti«[2]) — nur bei Vorliegen von dolus oder culpa lata (§. 1324 allg. B.G.B.). Die in §. 335 allg. B.G.B. statuirte Ersatzpflicht des Besitzers wegen »vernachlässigter« Früchte fände also auch in diesen Fällen eine befriedigende Erklärung nur, wenn man sich unter der »Unredlichkeit« des Besitzers böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zu denken hat, nicht aber unter der Voraussetzung blosser culpa levis[3]). Und doch deutet §. 326 allg. B.G.B. mit keiner Silbe diese Abgrenzung

[1]) Vgl. Pfersche a. a. O. S. 219 f.

[2]) S. §. 379 allg. B.G.B.: »Was der Besitzer dem Eigenthümer erstatte ... in Ansehung des entgangenen Nutzens oder des erlittenen Schadens.«

[3]) Ohne dass sie dies Argument ausdrücklich anführen, scheint doch dies der Gedankengang zu sein, welcher Zeiller II. S. 80, Stubenrauch I. S. 414 u. A. dazu führt, malae fidei possessio nur bei auf culpa lata beruhendem Irrthum anzunehmen. Kirchstetter, Comm. (4. Aufl.) S. 186, Winiwarter a. a. O. II. S. 89, aber auch Ofner a. a. O. S. 32, 42, welche das Erforderniss grober Fahrlässigkeit nicht betonen, gehen über den Widerspruch hinweg, der darin liegt, dass sie gleichwohl überall dem unredlichen Besitzer die volle Haftung wie bei doloser Rechtsverletzung auferlegen.

des Begriffes an — ein Punkt, auf welchen noch zurückzukommen sein wird [1]).

Bedeutsamer noch ist ein Anderes. Wo die malae fidei possessio als solche ein Verschulden gar nicht involvirt — und die oben (S. 433 ff.) angeführten Fälle zeigen klar, dass dies vorkommt —, da verfängt das Culpaprincip überhaupt nicht. Wenn das Gesetz nun ohne Unterschied auch solchen »unredlichen Besitzern« eine Diligenzpflicht bezüglich der Gewinnung von Früchten auferlegt, so müssen dafür andere Gründe aufgesucht werden. Für die eine Gruppe der oben angeführten Fälle, wie den des Finders, wird man nicht fehlgehen, wenn man den Gesichtspunkt der negotiorum gestio heranzieht. Wer einmal, sei es auch ohne Auftrag, »ein fremdes Geschäft auf sich genommen hat«, muss es auch »bis zur Vollendung« mit aller Sorgfalt durchführen (§. 1039 allg. B.G.B.); deshalb kann der Finder sich der Verpflichtung nicht mehr entschlagen, die gefundene Sache mit aller Diligenz eines Mandatars zu behandeln. Bei der anderen Gruppe, die kurz Fälle der mala fides superveniens genannt werden mögen, trifft aber auch dieser Gedanke nicht zu. Der Besitz ist hier nicht wie bei dem Fund im Interesse des Eigenthümers ergriffen, sondern im eigenen Interesse, mit dem animus rem sibi habendi, und ohne jede Schuld des Besitzers verwandelt er sich nachträglich in eine malae fidei possessio. Dass dieser Besitzer nun von dem Augenblicke seines besseren Wissens an sich jeder Beschädigung der Sache enthalten muss, begreift sich leicht. Aber wie kommt er dazu, sich jetzt positiv für den Eigenthümer bemühen zu sollen? Will man hier nicht geradezu Willkür des Gesetzgebers voraussetzen, so kann man auf diese Frage wohl nur mit dem Hinweis auf das, allerdings oft missbrauchte, gesetzgeberische Motiv antworten, dass »ausgleichende Gerechtigkeit« geübt werde, wenn der

---

[1]) S. unten III. 1. a. E.

Besitzer, der bis dahin allen Nutzen aus dem fremden Gute ziehen konnte, dafür von dem Augenblicke, da er seinen Rechtsmangel erfährt, die volle Sorge für dies Gut übernehmen muss [1]).

Wie dem aber auch sei, so viel lehren diese Fälle, dass das allgemeine praeceptum juris »neminem laedere« nicht ausreicht, um den Umfang der Restitutionspflicht des unredlichen Besitzers zu erklären, dass diese vielmehr auf eine positive Diligenzpflicht desselben hinausführt. Kann nun, so sei zum Schlusse dieses Abschnittes gefragt, das Recht eine derartige Diligenzpflicht nach Art der negotiorum gestio [2]) Jemand auferlegen wollen, der vorausgesetztermassen von den Verhältnissen, welche diese seine Pflicht begründen sollen, thatsächlich gar nichts weiss [3])? Mit anderen Worten, liegt nicht hierin schon ein Fingerzeig, dass das Gesetz unter einem »unredlichen Besitzer« nur den »wissenden«, nicht aber auch einen solchen Besitzer versteht, welcher in, sei es auch unentschuldbarer, Unwissenheit eine fremde Sache in Händen hat?

6.

b) Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers.

Bis zu einem gewissen Grade ist die verschiedene Behandlung des redlichen und des unredlichen Besitzers in Betreff der Früchte einfach die Folge des Umstandes, dass es für ersteren an einem Grunde fehlt, welcher ihn gleich letzterem ersatzpflichtig machen würde, dass er also

---

[1]) Ein ähnlicher Gedanke bei Zeiller II. S. 76 (zu §. 333): »Der Billigkeit und gesetzgebenden Klugheit ist es gemäss, den Schaden zwischen beiden zu theilen . . .«

[2]) Vgl. über das Einwirken des Gesichtspunktes der negotiorum gestio noch unten Nr. 10 u. 11.

[3]) Das classische römische Recht hat deshalb auch dem m. f. possessor vor der Litiscontestation die Haftung für fructus percipiendi noch nicht zugemuthet; s. Savigny, Syst. VI. S. 108; Göppert a. a. O. S. 136 und bes. Pfersche a. a. O. S. 214 ff. Vgl. auch D. Mot. III. S. 404.

α) »ohne Verantwortung« (§. 329 allg. B.G.B.) für sein Gebahren mit der Sache bleibt [1]). Darin liegt vor Allem eine genügende Erklärung dafür, dass er keine »fructus neglecti« zu prästiren hat, und auch dafür, dass er für »fructus consumpti« keinen Schadenersatz leistet. Die abgetrennten Früchte sind ja zum Mindesten Sachen, welche er ebenso wie die Muttersache selbst bona fide besitzt und daher »nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen kann«, ohne sich verantwortlich zu machen (§. 329 cit.). Sofort mag zugegeben werden, dass, wenn das Fruchtrecht des bonae fidei possessor in der That lediglich auf diesem negativen Grunde ruht, darin ein starkes Argument liegt für die Ansicht, welche die fahrlässige Unkenntniss des Besitzers dem wissentlichen Verstoss gegen das Recht gleichstellt; denn »ohne Verantwortung« ist nach österreichischem Recht — im Gegensatze vielleicht zum classischen [2]) — grundsätzlich (§. 1295 allg. B.G.B.) nur derjenige, dem weder dolus noch culpa zur Last fällt. Auch der fahrlässig irrende Besitzer hätte nach dem Grundgedanken unseres Schädenrechtes die Folgen seines Irrthums zu tragen und die consumirten Früchte zu ersetzen. Rechnet man ihn daher gleichwohl zu den »redlichen«, welche §. 329 cit. von aller Verantwortung loszählt, dann enthält dieser Paragraph eine Singularität gegenüber dem Principe des §. 1295 allg. B.G.B. [3]). Im Einklange mit diesem steht er nur dann, wenn man den unentschuldbar irrenden als »unredlichen« Besitzer zu betrachten hat [4]).

---

[1]) Vgl. Randa, Besitz S. 173; Krainz-Pfaff I. S. 442; Unger, Syst. I. S. 222, N. 32.

[2]) Vgl. Windscheid, Pand. I. §. 193, N. 13.

[3]) Dies der richtige Gedanke, welcher den, in ihren Resultaten allerdings unhaltbaren, Ausführungen von Canstein in Grünhut's Ztschr. V. S. 744 ff. zu Grunde liegt.

[4]) So z. B. Nippel und Stubenrauch zu §. 329. Dass von diesem Standpunkte aus aber wieder die Beschränkung der malae fidei possessio auf

Indessen die ganze Argumentation ist nicht schlagend, weil das blosse Fehlen von culpa überhaupt nicht ausreicht, um das Fruchtrecht des bonae fidei possessor zu begründen. Um die sog. »fructus extantes« vorläufig noch aus dem Spiele zu lassen — schon der viel umstrittene römische Satz »fructus consumptos suos facit« besagt mehr als nur die Befreiung des bonae fidei possessor von der Verantwortlichkeit für Consumtion von Früchten; er schliesst auch die Pflicht zur Herausgabe der durch die Consumtion erlangten Bereicherung aus[1]). Dass dies der Kernpunkt der Frage ist, ist der Theorie, wie der Gesetzgebung der Neuzeit immer klarer geworden[2]). Das allg. B.G.B., darüber besteht kein Zweifel, lehnt nicht bloss jede Haftung des redlichen Besitzers für den Schaden des Eigenthümers, sondern auch die Bereicherungsklage wegen der consumirten Früchte ab[3]), indem es (§. 330) erklärt: »Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringenden Früchte, so bald sie von der Sache abgesondert worden sind«[4]). Und damit stehen wir vor einer ganz anderen Frage:

β) Das Gesetz spricht den redlichen Besitzer nicht bloss schuldfrei, sondern wendet ihm einen positiven Gewinn zu. Die schlichte Thatsache, dass der bonae fidei possessor

---

den Irrthum aus grober Fahrlässigkeit eine Inconsequenz ist, sei hier nur angemerkt; vgl. noch unten zu III.

[1]) Vgl. Göppert a. a. O. S. 355.

[2]) Ganz deutlich Cod. Ther. II. 5 Nr. 157: »Dass er dem Eigenthümer nichts dafür zu ersetzen schuldig seie, wann gleich erweislich wäre, dass er andurch bereichert worden seie.« Vgl. auch Höpfner, Comm. üb. d. Heinecc. Inst. §. 333 und neuestens D. Mot. III. S. 365 f., 401.

[3]) So auch D.G.B. §. 955 (vgl. Schollmeyer, R. d. einz. Schuldverh. S. 107), während in sehr feiner Abgrenzung in den §§. 993 und 988 das. ein Bereicherungsanspruch zugelassen ist.

[4]) Man beachte den Gegensatz der Norm für den unredlichen Besitzer (§. 335 allg. B.G.B.), der »alle Vortheile« zurückzuerstatten hat. — Dass §. 330 allg. B.G.B. keinen titulirten Besitz voraussetzt, s. Zeiller II. S. 70.

nicht in culpa ist, vermag das nicht zu rechtfertigen[1]); wo ist der legislatorische Grund dafür zu suchen[2])?

Nicht mit Unrecht ist gesagt worden: So lange man die Lösung des Problems auf dem Boden der Rechtslogik sucht, »führt aus dem Nichteigenthum an der Sache kein Weg zum Eigenthum an den Früchten« [3]). Die Wurzel des Institutes muss auf anderem Gebiete liegen. Dass damit freilich nicht einfach die »aequitas«, billige Rücksicht[4]) auf die Unschuld des redlichen Besitzers gemeint sein kann, ist bereits ausgeführt[5]). Dass die früher, namentlich auch im Kreise der Codificatoren, beliebte Zurückführung auf die Fiction des Eigenthums[6]) des bonae fidei possessor nichts erklärt, braucht heute kaum gesagt zu werden. Ebensowenig vermag Brinz' historische Verknüpfung des redlichen Besitzes mit dem »bonitarischen« Eigenthum[7]) die Stellung der bonae fidei possessio

---

[1]) Vgl. Windscheid, Zwei Fragen aus d. Lehr. v. d. ungerechtfertigten Bereicherung S. 35 (bedenklich dagegen Pfersche a. a. O. S. 134 f.). Schon die Protocolle I. S. 232 sagen: »Die redliche Meinung spricht ihn von der Strafe frei, aber sie kann ihm kein Recht ertheilen, aus der fremden Sache Nutzen zu ziehen.«

[2]) Eine interessante Uebersicht über den Stand der Frage in der Literatur gibt Petrażycki, Fruchtverth. S. 129 ff.

[3]) Brinz, Pand. I. S. 548. Aehnlich Köppen, Der Fruchterw. d. b. f. poss. S. 44; Czyhlarz, Die Eigenthumserwerbsarten (in Glück's Pand. Comm. Ser. d. Büch. 41, 42) S. 509; vgl. übrigens auch die Protocolle a. a. O.

[4]) D. Mot. III. S. 365: »Dieser weitere Schritt entspricht der Billigkeit«; auch Blunstchli z. Zürich. G.B. §. 509.

[5]) S. oben Nr. 4.

[6]) So z. B. Tigerström, D. b. f. possessio (1836) S. 60 ff.; Azzoni bezeichnete den gutgläubigen Besitz als »gleichsames Eigenthum« (s. Harrasowsky, Cod. Ther. II. S. 96, N. 12); vgl. noch Scheidlein, Handbuch II. S. 24.

[7]) Brinz, Z. R. d. bon. fid. poss. (gegen ihn auch hinsichtlich der Entwicklung des römischen Rechts Czyhlarz a. a. O. S. 507 f.); Ofner, Sachenr. S. 42, scheint gleichwohl den Gedanken für das österr. Recht verwerthen zu wollen, indem er dem redlichen Besitzer »ein eigenthumsähnliches Recht« beilegt.

in einem modernen Gesetzesrechte klar zu machen. Aber auch mit dem Hinweise auf den »Schutz des Verkehrs« [1]) ist es nicht gethan. Dem wäre Genüge geschehen, wenn der Dritte, welcher redlicherweise Früchte aus der Hand des Nichteigenthümers erwirbt, gegen die Vindication des Eigenthümers der Muttersache geschützt würde. Warum — vollends im Bereiche moderner Rechtssysteme, welchen derartige Einschränkungen der Eigenthumsverfolgung nicht mehr fremd sind — zu diesem Behufe schon dem ersten Besitzer das Eigenthum der separirten Frucht sollte zugesprochen werden, ist nicht wohl einzusehen, am wenigsten aber, warum es dann auf den guten Glauben des Veräusserers (bonae fidei possessio an der Muttersache) ankommen sollte und nicht vielmehr auf den des Erwerbers der Früchte [2]). Für den Satz »Hand wahre Hand«, welcher derartigen Verkehrsinteressen dient, gilt bekanntlich das Umgekehrte.

Es muss also die »utilitas« des Institutes in dem wirthschaftspolitischen Gedanken zu finden sein, welcher die Entwicklung des Fruchtrechts des redlichen Besitzers und damit zugleich dessen Abgrenzung zu motiviren im Stande ist. Ich stehe nicht an, mit Dernburg [3]) auszusprechen, dass Petražycki [4]) »das Verdienst der Auffindung dieses Gedankens« zukommt, obgleich ich bezüglich seiner Durchführung gewisse Vorbehalte machen muss.

Die strenge Consequenz des Rechts würde fordern, dass der Besitzer — A — eines fremden Gutes, sagen wir des Landgutes X, möge er nun in gutem oder bösem Glauben sein, dem als solchen erkannten Eigenthümer des Gutes — B — mit dem Gute selbst auch alle aus demselben gewonnenen

---

[1]) S. namentlich Jhering, Jahrb. f. d. Dogm. XII. S. 316 f. Vgl. D. Mot. III. S. 365.

[2]) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 512 f.

[3]) Dernburg, Pand. I. §. 205, N. 16.

[4]) Fruchtverth. S. 173 ff.

Früchte herausgebe. Liesse sich das Verhältniss zwischen A und B bezüglich des Gutes X isolirt denken, wie die Doctrin nur zu sehr geneigt ist, die Rechtsverhältnisse zu betrachten, so wäre gegen diese folgerichtige Durchführung des Eigenthumsgedankens nichts einzuwenden. Dem A persönlich mag es peinlich sein, mit dem Gute auch allen Gewinn aus demselben an B abgeben zu müssen; die Volkswirthschaft könnte dem gleichgiltig zusehen. Denn ob das Gut X mit Allem, was darauf steht und wächst, in der Hand des A oder des B ist, berührt die Gesammtheit nicht. Allein jene Isolirtheit besteht in Wahrheit nicht. So lange A in »gutem Glauben« ist — und das kann möglicherweise viele Jahre währen — betrachtet er das Gut X als ein dauernd für ihn verfügbares Capital, er zählt es zu den Grundlagen seines Vermögensbetriebes, er hat es, wenngleich nicht juristisch, so doch wirthschaftlich »in bonis« (L. 49 D. de V. S.)[1]. Wie jeder gute Wirth sorgt er daher für die Erhaltung des Gutes selbst in unversehrtem Stande; die Erträgnisse aber bringt er in seinem gesammten Wirthschaftsplan als zur Verwendung bereit in Anschlag. So schafft er eine organische Verbindung dieser Früchte mit seiner sonstigen Vermögensgebahrung: Die Bodenproducte des bona fide besessenen Gutes X verwerthet er etwa in dem Betriebe einer Fabrik Y, den Gewinn der Wirthschaft auf X zu einer Anlage auf einem Gute Z, welche wirklich sein Eigenthum sind, oder als Capitalseinlage in einem Gewerbe, welches er unabhängig von jenem Gute betreibt, u. dgl. m.[2]. Da tritt ihm, unvorhergesehenerweise, B als vindicirender Eigenthümer von X entgegen. Würde nun dem A anbefohlen, mit dem Gute X auch alle die genannten Erträgnisse zu restituiren, so müsste A gleichsam ganze Glieder aus seinem wirthschaftlichen Organismus herausreissen und

[1]) Mehr als dies dürfte — trotz Brinz a. a. O. und Birkmeyer, Ueb. d. Vermögen S. 19 ff. — Ulpian in der cit. Stelle nicht haben sagen wollen.

[2]) Andere Beispiele bei Petrażycki a. a. O. S. 186 f.

damit diesen Organismus selbst zerstören: die Fabrik Y, der die Rohproducte wieder genommen würden, müsste stille stehen, das Handelsgewerbe, dem das eingeschossene Capital plötzlich entzogen würde, geriethe in Zahlungsstockung, welche vielleicht weitere Kreise unter den Geschäftsfreunden ziehen würde. Kurz: das wäre nicht mehr bloss ein Zurückwandern des Gutes X aus der Hand des A in die des B, sondern der Ruin eigener Güter des A und vielleicht noch anderer Personen [1]). Ersteres mag, wie bemerkt, vom Standpunkte der Volkswirthschaft, die nicht berufen ist, individuelle Gefühle zu schonen, ohne Belang sein, letzteres aber berührt die Gesammtheit und deshalb kann die Gesetzgebungspolitik es nicht dulden. Deshalb — nicht aber um die bona fides des A zu belohnen — ist ausgesprochen, dass die Früchte des Gutes X, auf welche A während seines »guten Glaubens« gezählt hat, ihm nicht mehr sollen entrissen werden. Nicht um dem einzelnen bonae fidei possessor die Enttäuschung zu ersparen, sondern weil die bona fides einen Irrthum in dem Wirthschaftsplan des Besitzers bedeutet, welcher bei Walten der rechtlichen Strenge für die Gesammtwirthschaft verhängnissvoll würde, soll dem redlichen Besitzer das Fruchteigenthum zufallen [2]) — in diesem Sinne, könnte man sagen, »pro cura et cultura« [3]).

Der »unredliche« Besitzer ist sich bewusst, dass ein

---

[1]) Dies scheint die Einwendung Oertmann's in Grünhut's Ztschr. XX. S. 583 zu verkennen.

[2]) Nicht übel stellt daher Ofner, Sachenr. S. 79 f., den Fruchterwerb des redlichen Besitzers neben die Fälle des §. 367 allg. B.G.B. u. a. unter die Rubrik »Eigenthumserwerb aus Macht Rechtens«.

[3]) So verstanden enthält die berühmte Phrase des §. 35 J. de R. D. 2, 1 doch mehr als einen »vagen, halben Billigkeitsgrund« (Puchta, Instit. §. 242 a. E.), und so darf dieselbe — trotz der sprachlichen Bedenken von Pernice, Labeo II. S. 357, N. 4 (s. aber gegen diese Leonhard a. a. O. S. 281) — verstanden werden; denn wollte man sie, wie dies z. B. noch immer Oertmann, Volkswirthschaftslehre d. C. J. S. 125 ff. will, auf die »Bestellung und Pflege« des bonae fidei possessor beziehen, so vermöchte sie höchstens den Eigenthumserwerb an sog. »fructus industriales« zu motiviren, wie auch Per-

besser Berechtigter ihm das Gut entziehen kann; er rechnet mit dieser Möglichkeit und — aus egoistischer Vorsicht — hütet er sich daher, eine allzu enge Verbindung zwischen dem fremden Gute und seinem eigenen Wirthschaftsorganismus ins Werk zu setzen. Wird er, wie es die Consequenz des Rechtes verlangt, verurtheilt, dem Eigenthümer mit dem Gute auch alle Erträgnisse herauszugeben, so war er darauf längst gefasst, daher hat das nicht die zerstörende Wirkung, wie wenn solches dem bis dahin nichts ahnenden »redlichen Besitzer« zugemuthet würde. Besteht somit im Falle des wissenden malae fidei possessor die volkswirthschaftliche Gefahr nicht, welche im Falle des nicht wissenden bonae fidei possessor droht, so bedarf es dort auch der rechtlichen Versicherung nicht, welche hier geboten ist, nämlich des Fruchtrechts des Besitzers. Darauf beruht die bevorzugte Stellung des gutgläubigen gegenüber dem bösgläubigen Besitzer.

Dass es sich hiebei nicht um eine Nachsicht für das redliche Individuum handelt, sondern um die Vermeidung von Durchschnittsgefahren des wirthschaftlichen Irrthums, ist, allerdings ohne dass der Gedanke zu voller Entfaltung gelangt wäre, in der Literatur gelegentlich auch sonst schon bemerkt [1]), und auch aus manchen Aeusserungen unserer Codificatoren ist Aehnliches herauszulesen [2]).

---

nice a. a. O. S. 361 anerkennt; vgl. dagegen schon Keller, Pand. S. 273 und Czyhlarz a. a. O. S. 588.

[1]) S. schon Donellus, Comm. de J. C. IV. Cap. 26 §. 1; dann Dankwardt, Nationalök. u. Jurisprud. I. S. 45 ff.; Czyhlarz a. a. O. S. 587 f. und selbst Nippel, Erläut. III. S. 110; besonders nahe verwandt mit Petrażycki's Gedanken aber Keller, Pand. S. 275: »Es kommt dazu . . ., dass der bonae fidei-Besitz . . . auf die ganze Lebensweise des Besitzers . . . einen gewissen Einfluss ausübt und seine Consumtion vermehrt, so dass er regelmässig bedeutend weniger als zuvor . . . in seinem Vermögen hätte, wenn er zu dem Gute alle Früchte . . . herausgeben müsste« u. s. w. Geradezu entgegengesetzt aber Göppert a. a. O. S. 324 f.

[2]) S. vorläufig Zeiller II. S. 69 f. (Den naturrechtlichen Standpunkt bei Zeiller, Natürl. Priv.R. §. 82); Protocolle I. S. 232, II. S. 519.

7.

Das Räthsel des Fruchtrechts des bonae fidei possessor in den römischen Quellen bilden bekanntlich die fructus extantes. Obgleich ihm die Früchte durch separatio zufallen, hat der redliche Besitzer die zur Zeit des Processbeginnes noch in natura vorhandenen Früchte dem vindicirenden Eigenthümer zu restituiren. Heisst das nicht, ihm mit der einen Hand nehmen, was die andere ihm gegeben hatte[1])? Die formale Gestaltung dieses Verhältnisses im classischen Rechte interessirt hier nicht weiter; denn wie andere neuere Gesetzbücher hat das allg. B.G.B. die Einschränkung des Fruchtrechts des gutgläubigen Besitzers auf die fructus consumpti fallen lassen, indem es »alle Früchte« (§. 330 allg. B.G.B.), somit auch die zur Zeit der Klage noch vorhandenen, als Eigenthum des redlichen Besitzers erklärt[2]). Wohl aber muss ich, um daraus Belehrung auch für den österreichischen Rechtssatz zu schöpfen, an dieser Stelle der materiellrechtlichen Seite der Frage näher treten, warum die Römer dem bonae fidei possessor die fructus extantes nicht gelassen haben.

Formalistische Triebfedern[3]) und processuale Rechtsbildung[4]) mögen zwar manche Einzelheit erklären, aber sie lassen die Frage nach dem letzten Grunde der Erscheinung offen. Und auch die historische Erklärung, welche neuestens Czyhlarz[5]) überzeugend begründet hat, rückt die Schlussfrage gewissermassen nur weiter hinaus. Auch wenn die Ver-

[1]) Göppert a. a. O. S. 328.

[2]) Vgl. unten S. 462, N. 3.

[3]) Viel zu weit geht aber Thomsen in den Verhandl. d. 17. Deutsch. Juristentages, I. S. 308 ff., welcher den Rechtssatz geradezu für ein »Product reflectirender Dialektik« der römischen Juristen hält.

[4]) Pernice a. a. O. S. 347 ff., dazu die treffende Bemerkung von Klein a. a. O. S. 321, N. 87.

[5]) A. a. O. S. 522 ff.; zustimmend Pernice a. a. O. S. 356 ff. und Oertmann, Volkswirthsch. S. 126 ff.; dagegen kaum überzeugend Petražycki a. a. O. S. 146 ff.; zweifelnd Dernburg, Pand. I. S. 487, N. 15.

pflichtung zur Herausgabe der fructus extantes »eine spätere Abschwächung der ursprünglich weiter reichenden Begünstigung des bonae fidei possessor ist«, wird man doch nicht auf jede gesetzgeberische ratio für diese Neuerung des Kaiserrechtes verzichten dürfen[1]). Vollends, wenn man bedenkt, dass nach Czyhlarz die neue Gestaltung des Fruchtrechtes auf Diocletian zurückführt, dessen Jurisprudenz noch lange nicht die Fühlung mit den Meistern der classischen Zeit verloren hatte[2]), dass also der Anstoss zu dieser Entwicklung jedenfalls noch in den Rechtsgedanken der besten Periode des römischen Rechts zu suchen ist[3])!

In höchst ansprechender Weise hat Petražycki[4]) in demselben »civilpolitischen« Grundgedanken, welchem der Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers an den Früchten überhaupt entsprang, auch die Motivirung für die diesem Rechte bei den fructus extantes gezogene Schranke zu gewinnen gesucht. Die Gutsfrüchte »theilt jeder Landwirth in zwei Gruppen. Die eine Gruppe ist zum Verkauf bestimmt und wird nicht aufbewahrt. Die andere Gruppe bilden diejenigen Producte, welche zur weiteren Wirthschaft nothwendig sind.« Diese »werden für die nothwendigen Bedürfnisse auf dem Grundstück aufbewahrt«. Der sein Gut vindicirende Eigenthümer wird daher »im gewöhnlichen durchschnittlichen Falle, welchen das Recht eben berücksichtigen muss«, als fructus extantes bei dem bonae fidei possessor auf dem Gute

---

[1]) Wie dies im Grunde Pernice a. a. O. S. 363 thut (»Am Ende könnte die ganze Weisheit gewesen sein, dass der Eigenthümer kriegt, was da ist«) oder Oertmann a. a. O., dem die Annahme einer »Stümperei Justinian's« genügt.

[2]) Vgl. den schönen Aufsatz von Fr. Hofmann über d. Verfall d. röm. Rechtswissenschaft, Krit. Studien S. 20 ff.

[3]) Die fragliche Constitution Diocletian's (L. 22. C. de R. V. 3, 32) deutet auf eine allmählige Entwicklung des Rechtssatzes hin: »Certum est ... solere ...«

[4]) Fruchtverth. S. 194 f., 189.

die und nur die Früchte vorfinden, »welche für die weitere ordentliche Wirthschaft nothwendig sind«. Und diese Früchte haben für den bisherigen Besitzer, der die Wirthschaft abbrechen muss, nur wenig Werth, während sie für den Eigenthümer, der das Gut übernimmt, von grösster Bedeutung sind. Daher können sie ohne Gefährdung dem Besitzer wieder genommen werden, für dessen Wirthschaftsplan sie »nur in dem Theil der Conjunctur figurirt haben, welcher sich auf das fremde Grundstück bezog«, während auf der anderen Seite die Herausgabe des nackten Gutes an den Eigenthümer eine Stockung der Wirthschaft Mangels der nöthigen Betriebsmittel zur Folge haben müsste [1]). Petražycki erblickt daher in dem römischen Satze von der Restitution der fructus extantes »eine geniale Lösung der Frage«, welche auch de lege ferenda die einzig richtige sei und von welcher neuere Gesetzgebungen nur deshalb abgegangen seien, weil sie »ihre Bedeutung nicht verstanden« [2]). Dieser Tadel würde auch §. 330 allg. B.G.B. treffen; ob er begründet ist, ist eine auch de lege lata nicht gleichgültige Frage.

Ich bin der Ueberzeugung, dass Petražycki's Ausführungen in der That den entscheidenden Punkt treffen. Derselbe wichtige Grundsatz, dass die wirthschaftliche Organisation nicht durch strenge Rechtsconsequenz zerrissen und zerstört werden darf, ist es, welcher einerseits dahin führt, dem bonae fidei possessor das Eigenthum der Erträgnisse zuzusprechen, die er vermöge seines Irrthums in seinen Gesammtplan einbezogen hat, welcher aber auch andererseits fordert, dass derjenige Theil der Producte, welcher zur Forterhaltung des besonderen Wirthschaftsorganismus, d. i. zur Fortsetzung der

---

[1]) Aehnliche Gedanken schon bei Pothier, Traité de la communauté Nr. 44 (Oeuvr. VIII. p. 36 s.); auch Köppen a. a. O. S. 49.

[2]) Petražycki a. a. O. S. 197, S. 245 ff., dem Leonhard a. a. O. S. 281 beistimmt; anders urtheilen Czyhlarz a. a. O. S. 590, Pernice a. a. O. S. 364, N. 3.

Wirthschaft auf dem einzelnen Gute nothwendig ist, mit diesem Gute restituirt werde. War nun zu beobachten, dass in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle (»ἐπὶ τὸ πλεῖστον«: L. 3 D. de legg. 1, 3) dieser Theil identisch sei mit den auf dem Gute noch »vorhandenen« Früchten, so haben die römischen Juristen — dahingestellt ob J. Cti. oder gesetzgebende Kaiser — in der That einen glücklichen Einfall gehabt, indem sie dem Rechtssatze statt der obigen abstrakten die concrete Fassung gaben: »zu restituiren sind die fructus extantes«. Mit dem Durchschnittsausdruck, über dessen Bedeutung kein judex lange zu grübeln brauchte, war die »Practicabilität« des Rechtes gewonnen.

Aber, ist damit gesagt, dass dies auch für alle Zeiten und Verhältnisse der adäquate Ausdruck des zu Grunde liegenden legislatorischen Gedankens sein müsse? Mich dünkt, dass Petrażycki hier die Verschiedenheit der ökonomischen Verhältnisse, die das Substrat der Rechtssätze bilden, nicht gehörig gewürdigt hat [1]).

1. Obige Characterisirung der »fructus extantes« passt vollkommen für den landwirthschaftlichen Kleinbetrieb, und zwar die Gestalt des Kleinbetriebs in Italien und den benachbarten Provinzen zur Zeit der classischen römischen Juristen; 2. sie passt nicht für den Grossbetrieb und auch nicht für die bäuerliche Wirthschaft unserer Zeit; 3. die römische Juristenwelt konnte und musste den (römischen) Kleinbetrieb als die Grundlage ihres Agrarrechts betrachten, die moderne Codification kann das nicht, und deshalb ist die Formel von der »Restitution der fructus extantes« dort am Platze, aber nicht hier.

Ohne nun, gleichsam im Vorübergehen, ein Stück römischer Wirthschaftsgeschichte liefern zu wollen — ein Feld, welches als der eigentliche Nährboden der römischen Privatrechts-

[1]) Obgleich er, a. a. O. S. 198 f., auf diese Verschiedenheit hindeutet.

institute reichere Bearbeitung auch von juristischer Seite verdienen würde [1]), als leider immer noch die Rechtsgeschichte ihm zu Theil werden lässt —: so viel, als zur Begründung dieser Sätze nöthig ist, dürfte sich doch mit einiger Sicherheit sagen lassen.

Zu 1.: Der römische Bauer der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit — mag man dabei an den, nicht mehr häufigen [2]), kleinen Grundeigenthümer, oder den freien Kleinpächter, oder auch den Sklaven denken, welcher Gutsparcellen seines Herrn gleichsam im Accord bearbeitet (»servus quasi colonus«) [3]) —, ist nicht etwa ein landwirthschaftlicher Unternehmer, bei dem man »die ganze Ernte in den Scheunen findet«,. wo sie die günstige Marktconjunctur abzuwarten hat [4]). Seine Bodenproducte — um hier nur für diesen einen Punkt ein etwas exacteres Bild zu skizziren — sind zunächst dazu bestimmt, den Bedarf der eigenen Wirthschaft zu decken. Nur was, mehr oder minder zufällig, darüber hinausreicht, verkauft er [5]), und er verkauft es, wie es geringe Capitalskraft und der Mangel geordneten Bodencredits gebieten, möglichst rasch; »vendacem esse oportet«, wie schon Cato [6]) ihn gelehrt hatte. Von Getreidebau auf Speculation war längst nicht die Rede, seit der italische Landmann auf dem grossen Markte für die Approvisionirung von Rom mit der staatlichen Zufuhr aus den überseeischen Provinzen nicht mehr concurriren konnte [7]). Im

[1]) Ein vortreffliches Beispiel einer nach solcher Methode aufgebauten Geschichte des röm. Rechts ist Cuq, Institutions juridiques des Romains (1891), vgl. »Introduction« p. XXVI.: »il faut recourir à l'observation et à l'analyse des faits sociaux: c'est la méthode expérimentale, la méthode historique«.

[2]) Vgl. M. Weber, Die röm. Agrargeschichte (1891) S. 230 f.

[3]) L. 12 §. 3 D. de instr. leg. 33, 7; L. 16 D. de in r. vers. 15, 3.

[4]) Wie Pernice a. a. O. S. 364, N. 3 einwendet.

[5]) Vgl. Weber a. a. O. S. 224.

[6]) Cato de R. R. 2.

[7]) Vgl. Friedländer, Sittengesch. Roms I. S. 29 f.; Hirschfeld, Unters. a. d. röm. Verwaltgsgesch. I. S. 131 f. — »Itaque in hoc Latio et Saturnia terra, ubi dii cultus agrorum progeniem suam docuerunt, ibi nunc ad

Wesentlichen baut er nun an Kornfrüchten nur, was er für die Aussaat, als Futter und Streu für sein Vieh, und vor Allem als Mundvorrath für sich und seine »familia« bis zur nächsten Ernte braucht [1]). Allerdings wendete sich in eben dem Masse die intensivere Cultur anderen, marktgängigeren Betrieben zu, so den »kleinen Culturen«, dem Gemüse- und Obstbau [2]), deren »Früchte« nicht für die eigene Consumtion, sondern zum Verkaufe in der Grossstadt bestimmt waren. Aber ihrer Natur nach können diese nicht lange aufgespeichert bleiben, und deshalb, wenn sie einmal »separirt« sind, nicht lange zu der Kategorie der »fructus extantes« zählen. Dasselbe gilt von der Baumzucht, welche, in Italien wenigstens, fast nur [3]) als »Baumgärtnerei« eine grössere Rolle spielte [4]), oder von der Flachs- und Hanfcultur [5]), sowie von der, wie es scheint rentablen, Pflege von Weidenruthen für die Korbflechterei [6]). Zur Production »auf Lager« hatte sich in jener Zeit fast nur der Wein- und Oelbau aufgeschwungen [7]). Wein und Oel wurden vom Landwirthe selbst marktfertig hergestellt und oft erst lange nachher verkauft. Allein es ist nicht zu vergessen, dass das Keltern der Traube, das Auspressen der Olive, welches sogleich nach der Ernte erfolgt, den Römern als Specification

---

hastam locamus, ut nobis ex transmarinis provinciis advehatur frumentum, ne fame laboremus« . . . klagt Columella de R. R. praef. ad lib. I.

[1]) Dass der Anbau für die Ernährung der familia verhältnissmässig sehr bedeutend war, s. bei Weber a. a. O. S. 222.

[2]) Rodbertus, Z. Gesch. d. agrär. Entwicklung Roms, in Hildebrand's Jahrb. f. Nationalök. u. Stat. II. S. 218 ff.; Friedländer a. a. O. S. 328; Weber a. a. O. S. 326 f.

[3]) Vgl. übrigens noch unten.

[4]) Als »coordinirte Culturzweige« (vgl. Hehn, Culturpflanzen u. Hausthiere S. 101) stellen die Alten nicht Ackerbau und Forstwirthschaft, sondern Ackerbau und Baumpflanzung (»agri arbusti«: Cic. de rep. V. 2) einander gegenüber. Vgl. auch Varro, de R. R. I. 2: »Non arboribus consita Italia est, ut tota pomarium videatur?«

[5]) Vgl. Hehn a. a. O. S. 147 f., 158.

[6]) Vgl. Weber a. a. O. S. 226, N. 19.

[7]) Weber a. a. O. S. 229 f. Cf. L. 12 §. 29 D. de instr. leg. 33, 7.

galt. Das Rohproduct war damit consumirt, die »fructus« waren »res extinctae« [1]), und was nun noch in den Weinkellern oder den Oellagern aufgespeichert blieb, gehörte somit nicht mehr zu den »fructus extantes«.

Nach alledem darf also behauptet werden: Was zu Hadrian's oder Diocletian's Zeiten auf einem fundus in einem gegebenen Momente an Bodenfrüchten vorhanden war, die »fructus extantes«, waren durchschnittlich in der That nur solche Früchte, die zu dem Gutsbetriebe selbst gehörten, als Saatkorn, Viehfutter oder Mundvorrath u. dgl. Namentlich alle, vielleicht recht bedeutenden Mundvorräthe an Weizen, Wein, Oel u. s. w. gehören zu dem Gute [2]); denn, nicht anders als das Vieh, ist die familia der Sklaven, das »instrumentum vocale«, dauernd als Inventar des Gutes gewidmet [3]). Die »fructus extantes« konnten daher dem römischen Juristen wirklich als Schlagwort gelten für das oben entwickelte Princip, dass dem Gute zu folgen habe, was wirthschaftlich zu dem Gute gehört [4]), während dem Besitzer dasjenige Einkommen bleibe, welches er im Vertrauen auf die Rechtmässigkeit seines Besitzes als sichere Post in seinen gesammten Wirthschaftsplan einbezieht.

Für zwei Gruppen von Producten, welche zu den Bodenfrüchten im weiteren Sinne gezählt werden, scheint allerdings die Rechnung nicht ohne Rest aufzugehen, es sind das die Ausbeute an Mineralien und die Erträgnisse der Forstwirthschaft. Auch für die Römerzeiten muss gewiss angenommen werden, dass Stein und Erz aus Brüchen und Bergwerken

---

1) Gai II. 79.

2) L. 12 pr. l. cit.

3) Varro de R. R. I. 17, L. 8 pr. D. l. c.; vgl. Rodbertus a. a. O. S. 229 f.

4) Damit steht nicht im Widerspruch, dass wo es sich um Willensinterpretation im concreten Falle handelte (wie bei dem Legat eines »fundus instructus«), ein anderer Massstab angelegt wurde, so L. 12 §. 29, §. 30, §. 39 l. c.

oder Holz aus schlagbaren Forsten nicht bloss für die Bedürfnisse der eigenen Wirthschaft gewonnen wurden, sondern zum Zwecke der Verwerthung im Handel. Für die Vorräthe an gefällten Stämmen, die im Walde, oder an Steinen, welche im Steinbruche lagerten, traf daher auch damals unsere Characterisirung der »fructus extantes« nicht zu. Dennoch, meine ich, ist damit der nachgewiesene gesetzgeberische Gedanke nicht widerlegt. Darüber seien noch einige Worte gestattet.

Was zunächst die Forstwirthschaft betrifft, so war den Römern in der That der »schlagbare Wald« als Ertragsquelle nicht fremd [1]). Allein keine Spur deutet bei ihnen auf eine Forstcultur mit systematisch festgelegten Umtriebszeiten [2]), vermöge welcher der heutige Forstwirth einen alljährlichen Holznutzen in Anschlag bringen kann. Wie wenig insbesondere die römische Jurisprudenz einen in dieser Art rationellen Betrieb voraussetzte, zeigt schon der Satz des Paulus in L. 48 §. 1 D. de usufr. 7, 1, dass dem Usufructuar der Nutzen des Waldes zufalle, »etiamsi intempestive caesa sit«. Deutlicher noch spricht Gaius' Begriffsbestimmung in L. 30 pr. D. de V.S.: »Silva caedua« ist der Wald, welcher, wenn seine Stämme die richtige Grösse erreicht haben, im Ganzen kahl gelegt wird, um sich dann aus den Stöcken und Wurzeln selbst wieder zu erneuern. Nach einem oder zwei Menschenaltern also liefert der Wald erst wieder einen Ertrag. Diese »fructus« — und das ist das Entscheidende für unsere Frage — sind Früchte, deren Wiederkehr der Besitzer kaum mehr erlebt, sie stellen für ihn nicht so sehr ein regelmässiges Einkommen dar, auf welches er seine Zukunftspläne stützt, als vielmehr einen einmaligen »ausserordentlichen« Gewinn [3]), welcher der Aufzehrung

---

[1]) Die »silva caedua« nennen schon Cato, de R. R. 1 und Varro, de R. R. I. 7. Andererseits zeigt L. 9 §. 7 D. de usufr. 7, 1, dass noch zu Ulpian's Zeiten die Holzgewinnung in dubio doch nur als auf die Bedürfnisse des fundus beschränkt galt. Vgl. auch oben S. 454.

[2]) Auch L. 7 §. 7 D. sol. matr. 24, 3 beweist nichts Derartiges.

[3]) Vgl. Petražycki, Eink. I. S. 94.

eines Theiles der Substanz sehr nahe kommt. Wird nun im Verhältniss zwischen bonae fidei possessor und Eigenthümer der noch nicht wirklich realisirte Holzschlag unter die Regel der »fructus extantes« subsumirt und dem Eigenthümer zugesprochen, so ist dies also nichts weniger als eine Durchbrechung des Principes, auf welchem das Fruchtrecht des redlichen Besitzers beruht.

Aus einem anderen Grunde brauchen die »mineralischen Früchte« kein Bedenken gegen dieses Princip zu erwecken. Für eine eingehende Erörterung des theils bestrittenen, theils wohl auch nicht genügend verwertheten, Quellenmateriales ist hier nicht der Ort. Ich muss mich darauf beschränken, in mehr hypothetischer Form meinen Standpunkt anzugeben. Es ist vorerst nicht immer genug beachtet [1]), dass »in fructu esse« und »fructus« nicht dasselbe bedeutet [2]). Die Quellen sagen nun zwar, dass Steinbrüche, Bergwerke u. dgl. »in fructu« seien, d. h. dass deren Einkommen dem (kraft Niessbrauchs oder Dotalrechts) Nutzungsberechtigten gebühre [3]), nicht aber, dass das einzelne Stück der Ausbeute, wie es zu Tage gefördert wird, »fructus fundi«, d. i. Naturalfrucht des Bodens sei. Aber noch mehr. Aus dem Zusammenhalte aller zerstreuten Aussprüche des Corpus juris empfängt man den Eindruck, nicht bloss dass die classischen Juristen — mit Rücksicht auf die Frage der »Renascenz« — »theoretische Bedenken« gegen die Fruchtqualität [4]) von Steinen und Erzen

---

[1]) Obgleich z. B. Göppert a. a. O. S. 21 ff., 33 (vgl. auch Eck in Holtzendorff's Rechtslex. v. »Frucht«) darauf aufmerksam gemacht hat. Der Mangel der Unterscheidung macht sich namentlich bei Schröder, Arch. f. d. civ. Prax. XLIX. S. 360 ff. fühlbar.

[2]) So heisst z. B. »quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est« in L. 9 pr. D. de usufr., wie L. 59 §. 1 eod. lehrt, nur »ad fructuarium pertinet«. Den Gegensatz von »fructus« als »corpus« und »fructus« als »jus« betont deutlich Julian in L. 43 D. de evict. 21, 2.

[3]) L. 7 §. 13 §. 14, L. 8 pr. D. sol. matr. 24, 3: »lapidicinarum commodum ad maritum pertinere.«

[4]) Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht S. 238 f., N. 7; Hölder, Pand. S. 161.

hegten, sondern dass sie auch aus practischen Gründen dazu hinneigten, Mineralien als eine Art von res nullius dem allgemeinen Schurfrecht preiszugeben [1]) — eine Tendenz, welche dann in Kaisergesetzen zwar nicht bis zur heutigen Bergwerksfreiheit führte, wohl aber ihren Ausdruck fand in sehr weitgehenden diesbezüglichen Beschränkungen des Grundeigenthums [2]). Dass man bei solchen Anschauungen Bergwerkserzeugnisse überhaupt unter das allgemeine Fruchtrecht gestellt, und insbesondere sie im Verhältnisse zwischen bonae fidei possessor und Eigenthümer einfach als »fructus extantes« behandelt haben sollte, scheint mir daher mehr denn problematisch [3]). Jedenfalls aber hat die römische Jurisprudenz die allgemeinen Regeln ihres Fruchtrechts nicht aus den nach ihrer Auffassung ganz besonderen Verhältnissen des Bergbaues

---

[1]) Es sei hier nur der in L. 13 §. 1 D. comm. praed. 8, 4 erwähnten »consuetudo« gedacht, welche gestattet, auf fremdem Grunde »lapides caedere« gegen das »solitum solacium«. Vgl. auch Klostermann, Lehrb. d. preuss. Bergrechts S. 3: Der »Keim der Bergbaufreiheit«.

[2]) S. die bei Czyhlarz, Glück's Pand. Comm. Ser. d. Büch. 41 u. 42, I. S. 621 ff., angeführten Gesetze von Constantin und späteren Kaisern, betreffend die Gewinnung von Marmor und Gold.

[3]) Darauf dürften auch die berühmten Fragmente deuten, welche von den Marmorbrüchen auf einem fundus dotalis handeln: L. 7 §. 13 D. sol. matr. 23, 4, L. 18 pr. D. de fund. dot. 23, 5, die wohl kein jus singulare gerade nur für Marmor enthalten (vgl. Schröder a. a. O. S. 366). Sie erklären den Stein als Eigenthum des Ehemannes, wenn er während des Bestandes der Ehe gebrochen, aber noch nicht aus dem Steinbruche weggeführt ist (»caesum neque exportatum«). Letztere Voraussetzung wird kaum in beiden Stellen umsonst hervorgehoben sein; und damit scheint gesagt, dass es auf die vollendete Perception nicht ankomme (dass die Römer verschiedene Abstufungen der »Perception« von Früchten anerkannten, zeigt L. 78 D. de R. V. 6, 1, worauf allerdings die herrschende Lehre, s. Göppert a. a. O. S. 42, kein Gewicht legt). Da dürfte denn der Schluss nicht zu gewagt sein: Wenn die classischen Juristen dort, wo sonst die Perception entscheidet, den endgiltigen (nur darum handelt es sich bei der Dotalfrucht, Göppert a. a. O. S. 25) Vermögenserwerb bei Mineralien auf den Augenblick der blossen Lostrennung zurückschoben, so werden sie auch dem bonae fidei possessor das Eigenthum der vom Boden separirten Mineralien sofort definitiv zugesprochen haben, ohne dass erst noch deren Consumtion abzuwarten war.

abstrahirt. Wenn daher die angegebene ratio der Norm für die »fructus extantes« bezüglich der Mineralien nicht zutrifft, so beweist das nichts gegen die Richtigkeit dieser ratio selbst.

Zu 2.: Dass das, was zu 1. für den römischen Landbau ausgeführt wurde, für den Grossbetrieb der Landwirthschaft nicht gelten kann, bedarf kaum der Erörterung. Der grosse landwirthschaftliche Unternehmer producirt nicht bloss für seine Wirthschaft, sondern für den Weltmarkt, auf welchem er die günstige Conjunctur für die Verwerthung seines Productes abwartet. Bis dahin lagert seine Frucht in den Magazinen. Oder er zieht in langer Mühe und mit grossem Aufwand einen Viehstand auf, um ihn nach vollendeter Mastung auf den Markt zu bringen. Was bei solchem Betriebe in irgend einem bestimmten Zeitpunkte an Getreide in seinen Kammern liegt, oder an Vieh in seinen Ställen steht, ist daher »durchschnittlich« nicht lediglich das zur Fortsetzung des Betriebes nothwendige »instrumentum«, sondern zum grössten Theile fertige »Waare«, die auf ihren Markt harrt. Hier dem Besitzer schlechthin die Restitution der »fructus extantes« auferlegen hiesse daher gerade die volkswirthschaftlich verderbliche Folge des Irrthumes heraufbeschwören, welche durch das Fruchtrecht des bonae fidei possessor vermieden werden sollte.

Aber, um von Anderem zu schweigen, in einem wichtigen Punkte würde das auch für den Kleinbetrieb unseres Jahrhunderts verfehlt sein. Der Bauer der Neuzeit arbeitet nicht mit Sklaven. Sein Knecht und seine Magd sind nicht mehr, wie Pferd und Rind des Römers, ein Stück Gutsinventar. Ihren Unterhalt hat ihnen daher nicht mehr so zu sagen das Gut als solches zu geben, sondern sie fordern ihn auf Grund des Dienstvertrages als die schuldige Leistung ihres Dienstherrn. Was dieser an Vorräthen für die Verpflegung seines Gesindes ansammelt, bedeutet also das Mittel für ihn, einer persönlichen Verpflichtung nachzukommen. Dieser Verpflichtung wird er mit der Herausgabe des Grundstückes, auf welchem er bisher

etwa bona fide gewirthschaftet hat, nicht ledig, wie der Römer mit dem Gute auch jeder Sorge für die familia rustica dieses Gutes frei ward. Ihm alle jene Vorräthe als »fructus extantes« abzunehmen, wäre daher meist so viel, wie ihn zum Bettler zu machen.

Zu 3.: Eingedenk des berühmten Wortes des Plinius von den italischen »Latifundien« [1]), möchte man es auf den ersten Blick paradox finden, dass die römischen Rechtssätze betreffend die fructus extantes gerade auf die Verhältnisse der kleinen Landwirthschaft gemünzt sein sollen — oder man möchte glauben, dass diese Sätze für die modernen nicht mehr und nicht minder schlecht passen als für die römischen Verhältnisse. Allein, trotz mannigfacher Meinungsverschiedenheiten kann doch so viel als festes Ergebniss der neueren Forschung auf diesem Gebiete [2]) bezeichnet werden, dass in der römischen Kaiserzeit Grossgrundbesitz und Grossbetrieb sich nicht decken. Die grossen Domänen der Kaiser wie der Privaten bedeuten im 2. oder 3. Jahrhunderte unserer Zeitrechnung nur eine »finanzielle Centralisirung« [3]) der Grundrente. Landwirthschaftlich erscheinen sie, mit seltenen Ausnahmen, durch das System der Parcellenpacht in eine Unzahl kleiner Betriebe aufgelöst [4]). Die Natur und die allmählige Entwicklung der rechtlichen Stellung dieser Klein-

---

[1]) Plin. H. N. XVIII. 6: »latifundia perdidere Italiam, jam vero et provincias.«

[2]) S. namentlich Rodbertus a. a. O. S. 209, 219 ff.; Mommsen, »Die ital. Bodenvertheilung« im Hermes XIX. S. 409 f.; Weber a. a. O. S. 230 ff.; Schulten, Die röm. Grundherrschaften S. 93 ff., 124 ff.; His, Die Domänen d. röm. Kaiserzeit S. 11 f., 86 f., auch Meitzen, Siedelung u. Agrarwesen d. Westgerm. u. Ostgerm. I. S. 358 f. Eine Uebersicht über den neuesten Stand der Literatur gibt Beaudouin in der Nouv. Revue historique de droit franç. XXIe Année p. 543 ss., 673 ss.

[3]) Schulten a. a. O. S. 60.

[4]) Auch das »Hofland«, welches vom Gutsherrn oder Generalpächter selbst bewirthschaftet wird, ist nur eine, wenn auch oft die grösste, dieser Parcellen; vgl. Schulten a. a. O. S. 61, 93, 126.

pächter, welcher die historische Untersuchung sich mit Vorliebe zuwendet, interessirt hier nicht, wohl aber die daraus sich ergebende Thatsache, dass die classische Jurisprudenz trotz aller Latifundien volles Recht hatte, die Rechtsgrundsätze für die »Fruchtvertheilung«, — so weit Naturalfrüchte in Frage kommen — den Bedürfnissen anzupassen [1]), welche sie in dem Kleinbetriebe der Landwirthschaft beobachtete, d. h. den oben zu 1. geschilderten Verhältnissen und nicht der Grosswirthschaft. Eigenthumsprocesse über grosse Güter mögen ja, namentlich in späterer Zeit, nicht gerade zu den Seltenheiten gehört haben [2]); aber da handelte es sich zwischen den Eigenthumsprätendenten nach dem Gesagten nicht um fructus naturales, sondern um die in Gestalt von pensiones, canones u. dgl. aus der Hand der Pächter zu beziehenden Renten, kurz um »Civilfrüchte« [3]). Und auf solche hatte es der Satz von der Restitution der »fructus extantes« von Haus aus gewiss nicht abgesehen.

Bedarf es nun noch der Hervorhebung, dass Gesetzgeber des 18. und 19. Jahrhunderts, welche einerseits nicht bloss mit Grossgrundbesitz sondern auch mit wirthschaftlich grosser Agricultur zu rechnen haben, andererseits mit einer bäuerlichen Landwirthschaft, die nicht auf Sklavenbetrieb fusst, nichts weniger als Tadel verdienen [4]), wenn sie die römischen Regeln betreffend die Restitution der fructus extantes nicht recipirt

---

[1]) Vgl. Rodbertus a. a. O. S. 224 ff. Wenn also Windscheid, Zwei Fragen S. 24, gelegentlich bemerkt: »Nun ist aber offenbar die Meinung des römischen Rechts die, dass die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Verbrauch ist«, so dürfte er den Tadel Jhering's, Jahrb. f. d. Dogm. XVI. S. 265, nicht verdienen.

[2]) Vgl. His a. a. O. S. 44.

[3]) Dass die »reliqua colonorum« nicht gleich »fructus extantes« galten, zeigen z. B. L. 91 pr. L. 101 §. 1 D. de leg. III.

[4]) In diesem Punkte s. gegen Petražycki, Fruchtverth. S. 246 f. auch Oertmann, Grünhut's Ztschr. XX. S. 585; Göppert a. a. O. S. 324; Dankwardt a. a. O. S. 51, allerdings aus zum Theil unzureichenden Gründen.

haben? Die Verfasser des allg. B.G.B. wie des preussischen L.R., mögen sie sich des letzten Grundes auch nicht klar bewusst gewesen sein, erkannten in der That, dass sie nicht blindlings den Römern zu folgen, sondern den geänderten ökonomischen Verhältnissen Rechnung zu tragen hatten [1]). Deshalb liessen sie, wie alle neueren Codificationen, die Pflicht zur Herausgabe der fructus extantes fallen [2]).

Aber, haben sie nun nicht nach der anderen Seite des Guten zu viel gethan? §. 330 allg. B.G.B. theilt dem redlichen Besitzer schlechthin alle (bis zur Klagzustellung abgesonderten) Früchte zu; und doch verlangt der legislatorische Gedanke, dessen Giltigkeit auch für die heutigen Verhältnisse oben verfochten ist, dass dem gutgläubigen Besitzer nur diejenigen Früchte gesichert seien, welche, um den Ausdruck beizubehalten, mit dem gesammten Wirthschaftsplan des Besitzers verwachsen, nicht aber diejenigen, welche nur für den engeren Wirthschaftsorganismus des Gutes bestimmt sind und bestimmt bleiben sollen. Konnte und durfte der moderne Gesetzgeber mit Rücksicht auf die geänderten Betriebsverhältnisse für die Scheidung dieser beiden Gruppen nicht mehr die abgekürzte römische Formel »fructus consumti« — »fructus extantes« gebrauchen,

---

[1]) Dies der wahre Kern der den römischen Rechtsverhältnissen gegenüber naiv klingenden Motivirung, welche Zeiller bei der Berathung des §. 330 (Protocolle I. S. 232) und Comm. II. S. 69, ähnlich wie Suarez (Jahrb. f. d. preuss. Gesetzgebung XLI. S. 9) und die Commission gegen Martini's Entwurf (Harrasowsky a. a. O. V. S. 86 N. 6) gab, dass die Reception des römischen Satzes »den üblen Hauswirth vor dem sparsamen begünstigen« würde, eine Begründung, welche übrigens immer noch mehr besagt als die Berufung auf die »Billigkeit« und die »Einfachheit des Resultates« in den D. Mot. III. S. 365.

[2]) Der römischen Lehre war noch der Cod. Ther. II. 3 Nr. 83, II. 5 Nr. 158 und Entw. Horten II. 2 §. 19, ebenso wie Cod. Bavar. II. 3 §. 20 gefolgt; anders erst Entw. Martini II. 2 §. 22 (vgl. die vorige Note). Von der Restitution der fructus extantes sehen auch ab Pr.L.R. I. 7 §. 189; Code civ. Art. 549; Zürch. G.B. §. 509; Sächs. G.B. §. 244 und neuestens D.G.B. §. 955, §. 993 (vgl. dazu noch unten im Text).

so musste er, wird man sagen, eben das massgebende Princip der Unterscheidung voll aussprechen, nicht aber der blossen »Vereinfachung« halber [1]) über den ganzen Gegensatz hinweggehen. Indess, die Correctur fehlt auch im allg. B.G.B. nicht. Sie findet sich an einer anderen Stelle des Gesetzes, welche in diesem Zusammenhange und zum Theile wohl auch wegen ihrer nach heutigen Begriffen schiefen Ausdrucksweise, nicht recht gewürdigt wird [2]). Ich meine §. 296 allg. B.G.B.: »auch das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrige, obgleich schon eingebrachte Erzeugnisse . . . werden insofern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind.« In der Bezeichnung percipirter Früchte als »unbewegliche Sachen« mag der Romanist bloss ein nicht sehr glückliches Bild erblicken, jedenfalls drückt sie mit aller Schärfe aus, dass die Pertinenzeigenschaft dieser Früchte eine mehr als zufällige ist, und dass die »zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlichen« Früchte auch in sachenrechtlicher Beziehung das Schicksal des Bodens theilen [3]), auf dem sie gewachsen sind. Dass dieser Theil der fructus »extantes« somit auch vom redlicher Besitzer dem vindicirenden Eigenthümer herausgegeben werden muss, hätte deshalb nie bezweifelt werden sollen [4]). Der Form nach liegt im Sinne der

---

[1]) Dazu unten S. 464, N. 2.

[2]) Theils übergangen, wie selbst bei Zeiller, Comm. zu §. 330, Ofner, Sachenr. S. 90, Schiffner, Lehrb. §. 78; theils unrichtig generalisirt, wie bei Nippel III. S. 111, Winiwarter II. S. 82, Ellinger, Handb. zu §. 330 und in den älteren Auflagen von Stubenrauch, Comm. zu §. 297 Nr. 8; s. dagegen Unger, Syst. I. S. 445 N. 27.

[3]) In vortrefflicher Weise hat namentlich Kohler, Jahrb. f. d. Dogm. XXVI. S. 1 ff. dargelegt, dass das Pertinenzverhältniss ein »von der Disposition der Parteien unabhängiges, sachenrechtliches, dingliches Institut« ist; gewiss ist das der Gedanke auch unseres §. 296, welchen Weiske, Ger.-Ztg. 1853 Nr. 47 u. 48 nicht verstanden hat.

[4]) Die richtige Ansicht, welche bereits Unger, Syst. I. S. 394 angedeutet hatte, s. namentlich bei Burckhard, Syst. II. S. 132; unrichtig

Codificatōren hierin gar kein Widerspruch gegen, oder keine Ausnahme von §. 330 allg. B.G.B., weil ihnen eben dieser Theil der Producte der Gutswirthschaft als »pars fundi« und gar nicht mehr als »Frucht« gilt; und daraus erklärt es sich, warum dieser Einschränkung bei §. 330 cit. gar keine Erwähnung gethan wurde. Der Sache nach aber ist durch den Satz des §. 296 thatsächlich dem Satze des §. 330 die im Interesse der wirthschaftlichen Continuität gebotene Schranke gesetzt [1]. Und damit ist wieder ein »einfacher« [2] Ausdruck für das Princip des Fruchtrechtes des bonae fidei possessor gefunden, vielleicht nicht minder »genial« als die, heute nicht mehr haltbare, römische Formel [3]. Die Lösung des Problems im allg. B.G.B. lautet: Der redliche Besitzer erwirbt durch die Separation das Eigenthum aller Früchte (§. 330) mit Ausnahme des Theils, welcher zur Zeit der Klagzustellung zum »fundus instructus« gehört (§. 296) [4].

Dass eine ähnliche Lösung auf dem Boden des neuen deutschen B.G.B., gerade weil es selbstverständlich eine doctrinell so wenig correcte Ausprägung des Pertinenzbegriffes,

---

wieder Krainz-Pfaff, Syst. I. S. 655, N. 2. — Vgl. hier auch Entw. Horten II. 1 §. 57: »Doch ist von dem Getreide so viel bei dem Gute beizulassen, als davon ... bis zur neuen Ernte ... erforderlich ist«.

[1]) In der Fassung des Wg. G.B. II. §. 15 (deren Abänderung in §. 296 allg. B.G.B., wie die Protocolle I. S. 219 zeigen, nicht auf einer Modification des Grundgedankens beruht) ist ganz im Sinne der Ausführungen des Textes unterschieden zwischen den Früchten, welche »zum Verkehr bestimmt« und welche »zur Fortsetzung der ordentlichen Wirthschaft erforderlich« sind.

[2]) »Um verwickelte Streitigkeiten und Berechnungen zu beseitigen«: Protocolle I. S. 232.

[3]) Oder gar die aus der »aequitas« abgeleitete Vorschrift des Zürich. G.B. §. 509: »Ausnahmsweise ist das Gericht in Fällen ungehöriger Bereicherung des Beklagten ermächtigt, denselben zur Herausgabe der vorhandenen ... Früchte anzuhalten« (vgl. Bluntschli zu d. Paragraphen).

[4]) Zur näheren Bestimmung kann Pr.L.R. I. 2 §. 49 Anhaltspunkte gewähren; vgl. Zeiller, Comm. II. S. 18; Saxl, Ueber d. Beziehungen d. pr. L.R. z. Codification S. 25.

wie §. 296 des allg. B.G.B., vermieden hat, nicht zu gewinnen sein dürfte [1]), vermag ich nicht als einen Fortschritt zu begrüssen.

Blickt man nun noch einmal zurück auf den Grundgedanken der besprochenen Rechtssätze — Sicherung gegen die volkswirthschaftliche Gefahr des in der bonae fidei possessio liegenden Irrthums — so wird sich schwerlich bestreiten lassen, dass der Gedanke überall Beachtung heischt, gleichviel ob dieser Irrthum ein entschuldbarer oder nicht entschuldbarer ist. In dem einen wie in dem anderen Falle wird der Besitzer, welcher thatsächlich der Ueberzeugung lebt, über das Gut dauernd verfügen zu können, geneigt sein, jene organische Verbindung des Ertrages dieses Gutes mit seiner sonstigen Wirthschaft einzuleiten, deren unvorhergesehene Lösung verderblich nicht bloss für ihn, sondern für die Gesammtheit wäre. Ist wirklich das Fruchtrecht des bonae fidei possessor gleichsam das Sicherheitsventil gegen diese Gefahr, so ist dasselbe bei fahrlässigem Irrthum des Besitzers über seinen Rechtsmangel ebenso angebracht wie bei entschuldbarem — ein wichtiger Fingerzeig für die Feststellung des Begriffs der bonae fidei possessio. Es ist sehr auffallend, dass Petražycki, dem wir die energische Betonung des dem Rechte der bonae fidei possessio zu Grunde liegenden Motivs danken, dennoch die Entschuldbarkeit des Irrthums als ein

---

[1]) »Die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft erforderlich sind«, zählt zwar auch D.G.B. §. 98, Z. 2 zum »Zubehör«, aber die rechtliche Bedeutung der »Zubehöreigenschaft« tritt, entsprechend der herrschenden romanistischen Auffassung (D. Mot. III. S. 65, dagegen Gierke, D. Entw. S. 290 f.) nicht auf dem Gebiete dinglicher Rechtsverhältnisse zu Tage (mit Ausnahme der Hypothek, §. 1120 D.G.B.), sondern bloss für die Auslegung von Rechtsgeschäften (§§. 314, 926, 1031, 2164 D.G.B.; vgl. Gareis, Einführung S. 198; Cosack, Lehrb. S. 126 f.). Man wird also aus §. 98, Z. 2 cit. schwerlich folgern, dass der redliche Besitzer diesen Theil der fructus extantes mit dem Gute zu restituiren habe. Ob der in §. 993 D.G.B. aufgenommene Bereicherungsanspruch diesen Mangel aufwiegt, scheint mir sehr zweifelhaft.

Begriffsmerkmal des guten Glaubens ansieht. Die Erklärung dafür ist er schuldig geblieben [1]; denn in jenem Motive selbst ist sie nicht zu finden.

8.

B. Die Civilfrüchte [2].

Die Gegenüberstellung der »aus der Sache entspringenden Früchte« und »aller anderen Nutzungen« in §. 330 allg. B.G.B. deckt sich mit dem Gegensatz von Natural- und Civilfrüchten [3], wie er, zwar nicht der classischen, wohl aber der gemeinrechtlichen Jurisprudenz geläufig ist. Eine genauere Prüfung dieses Gegensatzes, so wenig befriedigend auch die herrschende Auffassung sein mag [4], würde hier zu weit führen. Und füglich ist es unverfänglich, wenn man den Terminus »Civilfrucht« in der Art negativ abgrenzt [5], dass er den gemeinsamen Namen bildet für Alles, was einerseits noch unter den Begriff des Einkommens aus einer bestimmten Sache fällt, aber andererseits nicht physisch aus der Sache hervorgeht.

Unter diesen althergebrachten Begriff fallen verschiedene Kategorien von Nutzungen [6]: 1. das Aequivalent für die einem Anderen überlassene Gewinnung der Naturalfrüchte einer Sache (Pachtzinse u. dgl.) — 2. das Aequivalent für den einem Anderen gewährten Gebrauch einer Sache (Miethzins, Zinsen von Capitalien) — und 3. Gefälle im weitesten Sinne

---

[1] Die Bemerkung Petražycki's, Fruchtverth. S. 172 N. 1, genügt doch wohl nicht.

[2] Besonderes ist hier nur für den redlichen Besitzer zu sagen.

[3] Vgl. Zeiller, Comm. II. S. 71, 356; Unger, Syst. I. S. 469; dagegen aber Krainz-Pfaff I. S. 227, N. 14.

[4] Petražycki, Eink. I. S. 262 ff. — Nach D.G.B. §. 99 wären nun noch natürliche Früchte von Rechten und Rechtsfrüchte von körperlichen Sachen zu unterscheiden.

[5] Wie Zeiller a. a. O.; vgl. aber Schröder a. a. O. S. 255, N. 22.

[6] S. Wächter, Zur Lehre v. d. Früchten, Erört. I. S. 73 ff.; zu enge wohl Hölder, Pand. S. 158; Regelsberger, Pand. I. S. 296. Eine andere Unterscheidung der Rechtsfrüchte im D.G.B. §. 101, Z. 2; vgl. Cosack, Lehrb. S. 131.

des Wortes, d. h. periodisch wiederkehrende Ansprüche aus nutzbaren Rechten aller Art [1]) (Dividenden, Rentenansprüche, Reallastgiebigkeiten). Das Eine gilt nun für alle diese verschiedenen Arten: Für den Nutzungsberechtigten erscheint hier als »Frucht« nicht das, was er von dem ihm verpflichteten Dritten körperlich empfängt, das Geldstück, welches er zur Berichtigung des Zinses, oder auch die Naturalleistung [2]), die er auf Grund einer Reallastberechtigung in die Hand bekommt, sondern der Rechtsanspruch [3]), der ihm periodisch aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss erwächst. Ueberall also, wenn der Ausdruck gestattet ist, eine »unkörperliche« Frucht im Gegensatz zu der »körperlichen« Naturalfrucht.

Daraus ergibt sich, dass auf »Civilfrüchte« die Vorstellung von »fructus pendentes« und »separati« genau genommen gar nicht anwendbar ist [4]); denn niemals sind sie, gleich den fructus naturales »pars fundi«, ein Theil der Sache, deren Ertrag sie darstellen, gewesen. Aber auch »fructus percepti« und »consumpti« sind hier nicht zu scheiden; denn der Rechtsanspruch — und nur dieser, nicht das Object der Leistung bildet, wie gesagt, die »Frucht« — ist mit seiner Einbringung auch schon consumirt [5]). Mit Rücksicht auf Alles

[1]) Dass man auf Abwege geräth, wenn man die aus Realrechten entspringende Jahresleistung als Frucht nicht des praedium dominans sondern des betreffenden (Real-) Rechts ansieht, lehrt die Entsch. d. 2. Instanz Slg. Nr. 11656, welche die Rückforderung indebite geleisteter Jahresgiebigkeiten unter Berufung auf §. 330 allg. B.G.B. abwies; vgl. auch Slg. Nr. 15158.

[2]) Vgl. L. 121 D. de V. S.; Hölder, Pand. S. 158 f. Das muss auch dann gelten, wenn, wie bei Fruchtzehnten, die Abgabe gerade in Naturalfrüchten des Grundstückes besteht; anders aber Wächter a. a. O. S. 81 f.

[3]) In diesem Punkt wohl nicht richtig Petrażycki, Fruchtverth. S. 120 f.

[4]) Köppen a. a. O. S. 92. Der Cod. Ther. II. 5 Nr. 152 ff. bemühte sich allerdings, den Begriff der »hangenden« Frucht auch auf die Civilfrüchte auszudehnen; daraus ist denn auch eine nicht sehr scharfe Terminologie in das allg. B.G.B. übergegangen, vgl. Zeiller, Comm. II. S. 71; Schiffner, Lehrb. §. 79, N. 7.

[5]) Köppen a. a. O. S. 92 f.

dies ist es vielleicht begreiflich, dass die römischen Quellen keine allgemeinen Weisungen für die Behandlung der sog. Civilfrüchte enthalten. Die herrschende Lehre ist geneigt, daraus den Schluss zu ziehen, dass — mutatis mutandis — principiell dasselbe zu gelten habe, wie von den Naturalfrüchten [1]). Die Meinungsverschiedenheiten betreffen mehr nur die Frage, welche Gestalt bei der Uebertragung auf die fructus civiles der Gegensatz von »fructus consumti« und »extantes« annehme. Von diesem Standpunkte aus muss es dann allerdings sonderbar erscheinen, wenn ein Gesetz, wie das allg. B.G.B., grundsätzlich die Restitutionspflicht des gutgläubigen Besitzers bezüglich der Civilfrüchte anders normirt als bezüglich der Naturalfrüchte. Bei näherem Zusehen aber, meine ich, wird sich auch hier zeigen, dass die Verfasser des Gesetzes durchaus nicht aus der Rolle gefallen sind.

Die Rechtslogik, so wird behauptet, stellt der »separatio« der natürlichen Frucht die Fälligkeit der juristischen Frucht begrifflich gleich [2]), während die »perceptio« bei letzteren in der thatsächlichen Empfangnahme der geschuldeten Leistung bestehe. Folgerichtig sollten also dem redlichen Besitzer alle während seines redlichen Besitzes fällig gewordenen Civilfrüchte zufallen. Statt dessen verfügt bekanntlich §. 330 allg. B.G.B.: »ihm gehören alle andere schon eingehobene Nutzungen, in so fern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.« Der bonae fidei possessor behält also die fructus civiles nur unter der doppelten Voraussetzung [3]), dass sie vor der Klagzustellung fällig und auch wirklich eingezogen sind. Warum dies?

Der Grund liegt in demselben legislatorischen Gedanken,

---

1) Windscheid, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. IV. S. 132 ff.; Czyhlarz a. a. O. S. 612 f.; Petražycki, Fruchtverth. S. 118 ff.; s. auch für das österr. Recht Krainz-Pfaff I. S. 227, Ofner, Ztschr. f. d. Notar. 1889 Nr. 31; dagegen Burckhard, Syst. II. S. 122; Weiske a. a. O. S. 187.

2) Davon geht auch §. 101, Z. 2 D.G.B. aus.

3) Stubenrauch, Comm. I. S. 411.

welcher sich in der Vertheilung der Naturalfrüchte zwischen Besitzer und Eigenthümer bewährt hat; aber dieser Gedanke führt hier zu anderen Ergebnissen.

Civilfrüchte sind, als Rechtsansprüche, nach Zeit und Umfang bestimmte Werthgrössen. Ganz im Gegensatze zu den natürlichen Producten werden sie demgemäss von dem »ordentlichen« Wirth nicht als Speculationsobject betrachtet, sondern als ein festes, am Tage der Fälligkeit für ihn verfügbares Activum in Rechnung gestellt — seine für diesen bestimmten Termin flüssige Betriebskasse. Zweifellos daher die grosse Regel, dass Fälligkeit und Einhebung dieser Erträgnisse thatsächlich zusammenfallen, dass hier, wenn man jene Terminologie überhaupt hereinziehen will, Separation, Perception und Consumtion regelmässig in eins zusammenfliessen. Trifft dies aber ausnahmsweise nicht zu, so hat der Gesetzgeber nur mit folgenden Möglichkeiten zu rechnen. Die »Civilfrucht« wird bereits vor ihrer Fälligkeit eingehoben: das erscheint als eine unwirthschaftliche Anticipation der Eingänge einer künftigen Periode, ein Gebahren, welches das Recht nicht zu beachten, am allerwenigsten aber zu begünstigen hat. Sie ist trotz ihrer Fälligkeit noch nicht eingehoben: das beweist entweder, dass auf ihren Eingang, aus irgend welchen individuellen Gründen, thatsächlich gar nicht gerechnet ist — dann entfällt die Nöthigung, bei der Regelung des Verhältnisses zwischen Besitzer und Eigenthümer Ersteren gegen die Folgen einer »irrthümlichen Conjunctur« zu schützen; oder aber es beweist, dass diese Einkünfte statt zur Deckung der fortlaufenden Bedürfnisse der Wirthschaft zur Capitalisirung bestimmt waren — eine Capitalisirung aber des redlichen Besitzers auf fremde Kosten zu fördern, hat das Recht nicht den leisesten Anlass; oder endlich, es beruht einfach auf Saumsal des Verpflichteten — dann ist dies ein casus, den der bonae fidei possessor so wie etwa die Gefahr einer Missernte tragen muss, weil er

nicht in speciellem Zusammenhange steht mit dem in seinem »guten Glauben« liegenden Rechenfehler, gegen welchen allein das Recht der bonae fidei possessio Sicherung gewähren will [1]). Durch solche Erwägungen ist es nicht bloss erklärt, sondern auch gerechtfertigt [2]), dass die Redactoren des §. 330 allg. B.G.B. die Civilfrüchte nicht mit den Naturalfrüchten unter eine Regel pressten, sondern dem gutgläubigen Besitzer nur die »während des ruhigen Besitzes« fälligen und auch von ihm eingehobenen zusprachen [3]).

Ich habe zur Erläuterung dieses Satzes des §. 330 nur eine Einschränkung oder Ergänzung beizufügen, welche von dessen Commentatoren meist nicht beachtet wird. Die Kehrseite der in §. 330 aufgestellten Norm lautet offenbar: Die vorzeitig (vor ihrer Fälligkeit) oder die (zur Zeit der Klage) noch nicht eingehobenen Nutzungen »gehören nicht dem redlichen Besitzer, sondern dem vindicirenden Eigenthümer«. Natürlich kann hier, da es sich um »unkörperliche« Früchte handelt, nicht von Eigenthum und Vindication im wahren Sinne des Wortes die Rede sein [4]). Aber auch wenn man dabei an Eigenthum in der weiteren Bedeutung der »Zugehörigkeit« (§. 353 allg. B.G.B.) denken will, so kann doch von einem directen Heimfall der Rechtsansprüche, welche die Civilfrucht ausmachen, höchstens innerhalb der

---

[1]) S. dazu noch unten Nr. 9 zu A.

[2]) A. M. Unger, Syst. I. S. 470, N. 48. Die Begründung in den Protocollen I. S. 233 zu §. 330 ist freilich sehr dürftig.

[3]) Dass bei dem Ususfructus die Civilfrüchte ganz anders vertheilt werden (pro rata temporis: §. 519 allg. B.G.B.) mag auffallend erscheinen — die Gleichstellung beider Fälle verlangt in der That Petrażycki a. a. O. S. 219 f. —, aber, ohne auf diese Frage näher einzugehen, darf doch behauptet werden, dass es von vorneherein begreiflich erscheinen muss, wenn der Gesetzgeber nicht das gleiche Mass anlegt, wo es sich, wie im Falle des Niessbrauchs, um eine kraft Rechtens für bestimmte Zeit abgegrenzte Nutzung handelt, und wo, wie für die bonae fidei possessio, gleichsam eine aberratio der Nutzung in Frage ist, das hat schon Winiwarter, brgl. R. II. S. 340 angedeutet.

[4]) Czyhlarz a. a. O. S. 608.

einen oben erwähnten (3.) Gruppe, nämlich für die Nutzungen von Realrechten gesprochen werden[1]. Die einzelnen aus solchen Rechten entspringenden Ansprüche, z. B. Renten, »gehören« allerdings dem Eigenthümer des herrschenden Gutes, und von dem Augenblicke an, wo der Schutz des vermeintlich berechtigten Besitzers aufhört, erscheint daher von selbst und ausschliesslich der Eigenthümer des restituirten Gutes legitimirt zur Geltendmachung dieser Ansprüche gegen die Verpflichteten. Anders für die — heute weitaus überwiegenden — Fälle der (1. und 2.) Gruppe, wo es sich um ein Aequivalent für die vom Besitzer einem Dritten überlassene Naturalnutzung handelt. Der Rechtsanspruch, welcher hier die »Civilfrucht« darstellt (Mieth- oder Pachtzins), beruht auf einem lediglich persönlichen Verhältnisse zwischen dem bisherigen redlichen Besitzer und dem Dritten, welches dem Eigenthümer der Sache als res inter alios acta weder Rechte noch Pflichten schafft. Daraus folgt einerseits, dass trotz §. 330, 2. Satz, allg. B.G.B. etwaige Rückstände nach wie vor Ansprüche des bisherigen Besitzers bleiben; dass sie dem Eigenthümer »gehören«, kann nur besagen, Ersterer habe sie Letzterem zu verrechnen[2] oder zu vergüten.

Daraus folgt aber andererseits, dass der Eigenthümer unbekümmert um das zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Dritten begründete Vertragsverhältniss seine Sache diesem Dritten, z. B. dem Pächter, abnehmen kann[3], und mit der Sache auch — gemäss §. 330, 1. Satz, allg. B.G.B. — die etwa noch stehenden, möglicherweise selbst bereits percipirte Früchte[4]. Soll er nun etwa, falls dies Früchte gerade derjenigen Periode sind, für welche der redliche Besitzer den im

[1]) Vgl. Unger a. a. O.

[2]) Was auch durch Cession der Ansprüche geschehen kann, Czyhlarz a. a. O. S. 566.

[3]) Vgl. Petrażycki a. a. O. S. 222 f.

[4]) Letzteres, falls der Pächter in mala fides versetzt ist; vgl. den Fall Slg. Nr. 4527.

Voraus eingehobenen oder den rückständigen Zins ihm herausgibt oder verrechnet, den doppelten Ertrag einheimsen dürfen, die fructus naturales aus der Hand des Pächters, die fructus civiles aus der Hand des Verpächters[1])? Das kann §. 330 trotz seiner kategorischen Fassung nicht wollen. Die Berichtigung seines Wortlautes liegt wohl in dem Gedanken, dass auch hier »fructus intelliguntur deductis impensis«[2]). In weiterem Sinne aufgefasst bedeutet dies für unseren Fall: Dem Activum aus jenem Obligationsverhältnisse mit dem Pächter stellt der redliche Besitzer das Passivum seiner Regresspflicht gegenüber, welche er zu tragen hat, sobald seinem Contrahenten die ihm zugesicherte Nutzung entzogen wird. Und dies führt zu der gebotenen Einschränkung des §. 330 cit.: Die »Nutzungen« »gehören« dem Eigenthümer jedenfalls nur insoweit, als er nicht in der Lage ist, die Naturalfrüchte, deren Aequivalent diese Nutzungen bilden, dem Dritten selbst abzunehmen[3]).

9.

II. Impensenersatz bei redlichem und unredlichem Besitz.

Nicht auf eine Darstellung des gesammten Rechtes des Impensenersatzes ist es abgesehen, sondern auch hier nur auf

---

[1]) Ueber eine ähnliche Collision im Gebiete des Pfandrechts, §. 457 allg. B.G.B., s. E. Demelius, Das Pfandr. an bewegl. S. I. S. 187 ff.; Krainz-Pfaff I. S. 228.

[2]) Cf. L. 4 D. de op. serv. 7, 7, wo es sich gleichfalls um Rechtsfrüchte handelt; vgl. Salkowski, Sklavenerwerb S. 118. — Gut berührt diesen Punkt Winiwarter a. a. O. II. S. 83.

[3]) Er ist nicht in dieser Lage, wenn er darauf verzichtet; aber auch bei gewissen anderen Constellationen, so z. B. vermöge des grundbücherlichen Vertrauensprincipes, wenn der unrechtmässige Tabularbesitzer die Realität an einen gutgläubigen Dritten unter Einverleibung des Bestandrechts verpachtet hatte (§. 1095 allg. B.G.B.), — oder wenn es sich um die Herausgabe einer vom Erblasser verpachteten Realität von dem vermeintlichen an den wahren Erben handelt. (Andere Fälle s. bei Petražycki a. a. O. S. 225 f.)

eine Beleuchtung der für die verschiedene Behandlung des redlichen und des unredlichen Besitzers gegenüber der Eigenthumsklage characteristischen Momente. Für diesen Zweck dürfte es nicht nöthig sein, in eine Erörterung der Begriffe »impensae necessariae, utiles, voluptuariae« einzutreten, welche das allg. B.G.B. aus der gemeinrechtlichen Lehre übernommen hat [1]), obgleich sehr beherzigenswerthe Einwendungen gegen diese Dreitheilung erhoben sind [2]). Auch mit den »voluptuaren« Verwendungen brauche ich mich zu diesem Behufe nicht näher zu befassen.

A. Der redliche Besitzer

hat Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae und utiles: §. 331 allg. B.G.B.

Aus dem Tenor dieser Vorschrift hebe ich einen für die Ziele dieser Untersuchung interessanten Punkt heraus. Nur der »zur fortwährenden Erhaltung der Substanz nothwendige« und der »zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen nützliche Aufwand« wird »nach dem gegenwärtigen Werthe« vergütet [3]). Mit anderen Worten, der redliche Besitzer trägt die Gefahr sowohl der nothwendigen wie der nützlichen Verwendungen. Hat er, um an das bekannte Pandektenbeispiel zu erinnern (L. 9 §. 1 D. neg. gest. 3, 5), die Kosten dringend nothwendiger Arbeiten bestritten, um ein Haus vor dem Einsturze zu retten, welches nach vollendeter Arbeit vom Blitz getroffen in Flammen aufgeht, so erhält er keinen Ersatz. Schwerlich liegt der innere Grund in dem so oft angerufenen Gedanken [4]), dass der Impensenersatz

---

[1]) Die Begriffsbestimmungen des §. 331 allg. B.G.B. decken sich mit denen der L. 79 D. de V.S.

[2]) Von Petražycki, Eink. I. S. 150 ff., 293 ff. Es ist interessant, den Gegensatz von Einkommen- und Capitalverwendungen, welchen Petražycki hervorhebt, bereits im Cod. Ther. III. 17 Nr. 139 zu finden.

[3]) S. die Commentare zu §. 331.

[4]) Der auch im D.G.B. (§. 996) gleichsam den Untergrund des Impensen-

lediglich ein Corrollar des Satzes sei, dass der Eigenthümer sich nicht auf fremde Kosten bereichern dürfe; von Bereicherung sei aber keine Spur, wenn der Erfolg der Verwendungen schon vor der Restitution der Sache, sei es auch durch einen Zufall, wieder vereitelt ist. Schlussfolgerungen aus dem Satze von der Bereicherung sind stets nur mit grosser Vorsicht zu ziehen [1]); jedenfalls stellt der Bereicherungsanspruch an sich nur das Minimum dessen dar, was der Eine dem Anderen zu vergüten hat, und die Frage bleibt immer noch offen, ob nicht legislatorische Gründe für darüber hinausgehende Ersatzansprüche hervortreten. In der That hat Zeiller noch bei der letzten Redaction des §. 331 es abgelehnt, sich einfach auf den »Bereicherungsstandpunkt« zu stellen [2]).

Das massgebende Motiv scheint mir vielmehr ein anderes zu sein. Der Rechtsschutz der bonae fidei possessio soll, wie sich (oben ad I) ergeben hat, nach Möglichkeit der wirthschaftlichen Gefahr vorbeugen, welche darin liegt, dass der Besitzer auf Grund seines »guten Glaubens« eine irrthümliche Berechnung anstellt. Aber eben nur gegen diese Gefahr wollen ihn »begünstigende« Rechtssätze schützen; ihm Sicherung zu bieten gegen Gefahren, welche mit diesem seinem Irrthum nichts zu thun haben, sondern ihm geradeso drohen würden, falls er wirklich Eigenthümer der Sache wäre, ist nicht die Aufgabe des Rechts der bonae fidei possessio [3]).

ersatzes bildet; vgl. D. Mot. III. S. 412, Riess, Zum Sachenr. d. Entw., Gutacht. a. d. Anwaltsstande S. 682.

[1]) Vor Missbrauch hat bereits Leist, Das unger. Eingreif. in fr. Vermögensang. S. 43, gewarnt; vgl. auch Windscheid, Zwei Fragen S. 29.

[2]) Protocolle II. S. 519; der Entw. Martini's II. 2 §. 24, §. 26 stand noch auf diesem Standpunkte.

[3]) Es ist auch nicht zu übersehen, dass das österr. Recht, welches dem Besitzer eine selbständige actio gibt, bei der Bemessung des Impensenersatzes noch weit vorsichtiger sein muss, als das römische, welches nur ein Retentionsrecht wegen der Impensen anerkannte und damit dem Eigenthümer die Möglichkeit offen liess, die Sache selbst preiszugeben, falls die Verwendungen ihm nicht passten; vgl. Kohler, Jahrb. f. d. Dogm. XXV. S. 97 ff.

Auf Elementarereignisse und Zufälle aller Art, die die Früchte seines Fleisses zerstören, den Erfolg seiner Thätigkeit vereiteln, muss und wird der ordentliche Wirth von vorneherein gefasst sein. Würde dem redlichen Besitzer gestattet, bei Restitution der Sache auch für fruchtlose Verwendungen vom Eigenthümer Vergütung zu begehren, so wäre das nicht mehr eine Versicherung gegen die unvorhergesehenen Folgen eines Irrthums, sondern ein unvorhergesehenes Geschenk aus Anlass des Hervorkommens dieses Irrthums. Deshalb hat der redliche Besitzer kein Recht auf Ersatz von Verwendungen, deren Wirkung der Blitz vereitelt hat. Derlei ist, sozusagen, eine Gefahr der Wirthschaft, nicht eine Gefahr der Sache; natürlich, dass erstere der die Wirthschaft führende Besitzer trägt, wie letztere der Eigenthümer der Sache [1]).

Es bedarf nicht vieler Worte, um zu zeigen, dass auch hier wieder ein Licht auf den Begriff der bonae fidei possessio fällt. Das Bewusstsein, die Wirthschaftskosten auf eigene Gefahr aufzuwenden, wird jeder Besitzer haben, der irrthümlich mit fremdem Gute wirthschaftet, gleichviel ob sein Irrthum ein fahrlässiger ist oder nicht. Der Gedankengang, welcher zu der Abgrenzung des Impensenersatzes für den redlichen Besitzer führt, enthält somit nichts, was fordern oder auch nur erklären würde, dass dabei gerade nur ein auf entschuldbarem Irrthum beruhender Glauben vorauszusetzen sei.

Allerdings aber führt die Betrachtung des gesetzgeberischen Motivs jener Norm auf ein Postulat, welches bei dieser Gelegenheit betont werden mag. In vortrefflicher Weise hat Petrażycki [2]) ausgeführt, dass die Begünstigung von Ersatzansprüchen für impensae utiles eine grosse Gefahr in sich birgt, eine Gefahr, gegen welche die Verfasser des allg. B.G.B.

---

[1]) Dies das Richtige an der Berufung auf §. 1311 allg. B.G.B., welche sich bei Winiwarter in Pratobevera's Materialien VII. S. 158 f. oder Stubenrauch, Comm. I. S. 412 findet.

[2]) Eink. I. S. 202 ff., 313 f.

ebensowenig blind waren, wie die römischen Juristen. Durch — erfolgreiche — Meliorationen kann der Besitzer die Sache, um deren Restitution es sich handelt, in einen wirthschaftlichen Stand erheben, welchem deren Eigenthümer nicht gewachsen ist. Die grossen, objectiv ausgezeichneten, Meliorationen, die ein capitalkräftiger Besitzer angebracht hat, vermag der wirthschaftlich vielleicht schwache Eigenthümer nicht zu bezahlen, die eingeleitete intensivere Wirthschaft kann er nicht fortführen. In aller Regel würde dann der practische Erfolg nicht ausbleiben, dass er die Sache dem bisherigen Besitzer verkaufen muss, welcher nun seinen Impensenanspruch gegen den Kaufpreis aufrechnet — eine Art privater Expropriation [1])! Mindestens arglistigem Missbrauch solcher Verhältnisse darf das Recht durch die Gewährung von Ersatzansprüchen für Meliorationen nicht Vorschub leisten. Selbstredend nun ist ein derartiger Missbrauch nicht zu fürchten bei einem Besitzer, welcher sich thatsächlich, sei es auch in Folge fahrlässigen Irrthums, für den Besitzberechtigten hält; wohl aber liegt die Befürchtung nahe auch schon bei demjenigen, der nur zweifelt an dem festen Bestande seines Rechts. So viel scheint also von unserem Ausgangspunkte klar, dass im Rechtssinne der »redliche Besitz« schon mit dem Zweifel des Besitzers an seiner Berechtigung aufhört [2]).

---

[1]) Das Westgal. G.B. II. §. 55 (Entw. Martini II. 2 §. 26) hatte, offenbar nach dem Muster der L. 38 D. de R. V. 6, 1, noch ausdrücklich gesagt: »Doch kann der Eigenthümer dieses Ersatzes wegen nicht gezwungen werden, die Sache selbst zu veräussern.« Mit dem weiter im Texte Ausgeführten steht es sehr gut im Einklang, dass dieser Zusatz, dessen Richtigkeit für den Fall der mala fides des Besitzers anerkannt worden war (Protocolle I. S. 236), dann gestrichen wurde, als hier der Gesichtspunkt der negotiorum gestio verwerthet wurde (Protocolle II. S. 370); vgl. unten Nr. 10 und 11.

[2]) Das allg. B.G.B. hat diesem Gedanken in der Begriffsbestimmung des §. 326 nicht so prägnanten Ausdruck verliehen, wie seine Vorgänger (vgl. Cod. Ther. II. 24 Nr. 16: »die ungezweifelte Meinung«); aber als Ausläufer dieses Gedankens erscheint §. 338 allg. B.G.B. Wenn es da heisst: »Auch der redliche Besitzer ist von dem Zeitpunkte der ihm zugestellten Klage gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln« — so ist das nicht (wie z. B. Kirch-

10.

B. Der unredliche Besitzer.

»Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist« — so verfügt §. 336 allg. B.G.B.

Tritt man ohne vorgefasste Meinung an diese Gesetzesstelle heran, so kann sie kaum anders verstanden werden, als dahin, die Obsorge, welche der unredliche Besitzer der Sache angedeihen lässt, sei wie eine »unbeauftragte Geschäftsführung« zu betrachten, die Rechtsnormen für seine Verwendungen seien daher in den gesetzlichen Bestimmungen über die negotiorum gestio zu suchen, und zwar, da §. 336 cit. nicht weiter unterscheidet, für alle Arten von Verwendungen. In der That findet sich ja »in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung« verschiedenes »verordnet« für den »nothwendigen Aufwand« im §. 1036 allg. B.G.B., für den »zum Nutzen des Anderen« gemachten im §. 1037 allg. B.G.B. und, indirect, auch für die impensae voluptuariae[1]) in den §§. 1038 und 1040 allg. B.G.B. Die Verweisung in §. 336 erscheint demnach als Citat der §§. 1036—1040. Willkür wäre es, diese Verweisung von

---

stetter, Comm. S. 186, Burckhard, Syst. II. S. 577, N. 33, aber auch Dernburg, Preuss. Pr.R. I. S. 627 behaupten) eine Fiction. Allerdings braucht der bis dahin redliche Besitzer durch die Klagebehändigung nicht stets den Glauben an sein Recht verloren zu haben; aber er muss sich nun sagen, »sub judice lis est«, und gewärtig sein, dass der Richter trotz Allem vielleicht gegen ihn entscheiden werde. Seine Sicherheit hört auf — »causa in judicium deducta super jure possessionis vacillet ac dubitet« (L. 10 C. de poss. 7, 32) — und damit sind alle die Momente gegeben, welche, in Bezug auf die Restitution der Früchte wie auf den Impensenersatz, den malae fidei possessor characterisiren: vgl. Unger, Erbr. S. 239; Zeiller, Comm. II. S. 84. — Dasselbe gilt, wie Slg. Nr. 9246 richtig erkannt ist, für den Besitz auf Grund öffentlicher Feilbietung vor Rechtskraft des Zuschlages.

[1]) So auch Leist a. a. O. S. 193, Krainz-Pfaff I. S. 657; nicht zutreffend hingegen Stubenrauch, Comm. I. S. 415.

vornherein nur auf die eine oder andere Art von negotiorum gestio zu beziehen oder auf die eine oder andere Art von Impensen einzuschränken. Unmöglich ist insbesondere der Gedanke, als wäre der malae fidei possessor immer nur Einer, der »gegen den erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäftes anmasst«, die Berufung in §. 336 also eine Bezugnahme lediglich auf §. 1040 allg. B.G.B. [1]) — unmöglich aus einem doppelten Grunde. Einmal hat wohl die Verweisung auf die Vorschriften eines anderen Hauptstückes füglich einen Sinn nur als abgekürzter Ausdruck für eine Reihe dort zu suchender Rechtssätze; hätte §. 336 nur die eine Regel des §. 1040 heranziehen wollen, so hätte er mit nicht mehr Worten, als jene Verweisung bedurfte, es direct aussprechen mögen, dass der unredliche Besitzer nur das jus tollendi habe [2]). Sodann aber trifft schon die Voraussetzung nicht zu, dass der unredliche Besitzer stets ein ungerufener Geschäftsführer im Sinne des §. 1040 allg. B.G.B. sei. Ganz abgesehen davon, dass kaum von jedem malae fidei possessor gesagt werden kann, er besitze die Sache »gegen den erklärten Willen« des Eigenthümers [3]) — jedenfalls wäre es an sich nur sein Besitz, welcher diesem Willen des Eigenthümers zuwider ist, nicht aber der Aufwand, den er zur Erhaltung der Sache macht [4]).

Ich glaube nun, man wäre niemals von der, wie gesagt, dem einfachen Wortsinne des §. 336 allg. B.G.B. entsprechenden Auslegung abgegangen [5]), wenn diese nicht zu dem Er-

[1]) Es scheint, dass Zeiller, Comm. III. S. 327 davon ausgeht; so auch die 2. Instanz in Slg. Nr. 4167; dagegen mit Recht Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftr. S. 10.

[2]) So in der That Cod. Ther. II. 3 Nr. 86.

[3]) Vgl. oben S. 433 ff.

[4]) Das verkennt z. B. Winiwarter a. a. O. II. S. 90. — Natürlich kann §. 1040 allg. B.G.B. zur Anwendung kommen, aber nur dann, wenn der Besitzer, etwa nach dem Processbeginn, wirklich gegen ein Verbot des Eigenthümers handelt.

[5]) So viel ich sehe, bleibt nur Ogonowski a. a. O. bei dieser Auslegung; unsicher Ofner, Sachenr. S. 43, 90 und Kirchstetter a. a. O. S. 187.

gebnisse führen würde, dass darnach in einem unten näher zu erörterndem Punkte der bösgläubige Besitzer »besser« zu behandeln wäre als der gutgläubige; denn nach der Regel des §. 1036 allg. B.G.B. hätte er die Gefahr des Erfolges seiner impensae necessariae nicht zu tragen. Eine solche »Begünstigung« der mala fides vor der bona fides hat man von jeher für unerträglich gehalten. Daher die Interpretationskünste, welche das Dilemma beseitigen sollen. Die Einen wenden zwar §. 1036 cit. auf die nothwendigen Impensen des unredlichen Besitzers an, wollen ihn aber mit Rücksicht auf §. 331 cit., welcher »selbst dem redlichen Besitzer« keinen so weitgehenden Ersatzanspruch gebe, einschränkend interpretiren [1]). Andere entgehen der Schwierigkeit dadurch, dass sie unterstellen, §. 331 nehme überhaupt nur auf die §§. 1037 f. Bezug [2]). Alle diese Versuche werden dem vom Gesetze für die Beurtheilung der Ersatzansprüche des malae fidei possessor gegebenen Gesichtspunkt der negotiorum gestio nicht gerecht, und das, wie sich zeigen wird, weder bezüglich des nothwendigen, noch des nützlichen Aufwandes.

Ein freieres Urtheil wird hier sofort möglich auf Grund der Erkenntniss, dass es sich bei »redlichem« und »unredlichem« Besitz nicht principiell um den Gegensatz von »Gut und Böse« handelt, einer Erkenntniss, deren Wichtigkeit bereits in der Einleitung zu diesen Untersuchungen [3]) betont wurde und deren Richtigkeit sich auch in den Betrachtungen des I. Theiles derselben bewährt hat. Hält man daran fest, so kann die Vorstellung einer »besseren« Behandlung des malae fidei possessor in irgend einem Punkte nicht von vornherein als Monstrosität bezeichnet werden, und es erübrigt nur, den

---

[1]) So Unger, Syst. I. S. 87, N. 45; Krainz-Pfaff I. S. 657; Stubenrauch I. S. 414; Ellinger zu §. 336.

[2]) So Zeiller, Comm. II. S. 82; dann Scheidlein, Nippel, Winiwarter zu §. 336; Magg, Ger.-Ztg. 1859 Nr. 70; Slg. Nr. 4167.

[3]) Oben Nr. 4.

wahren Grund der Normen aufzusuchen, welche eine nicht von jenem vermeintlichen moralischen Bedenken beeinflusste Auslegung aus den fraglichen Gesetzesparagraphen herausliest.

Und daran darf uns auch nicht irre machen, dass die »Materialien« des Gesetzbuches diesen Grund nicht angeben, ja, dass wir Zeiller sogar unter den Commentatoren des §. 336 cit. finden, welche davor zurückschrecken, die volle Consequenz aus demselben zu ziehen. Es liegt hier einer der Fälle vor, auf welche gleichfalls schon hingewiesen wurde [1]), wo der innere Zusammenhang des fertigen Gesetzes stärker ist, als die Gründe der Motivenberichte. Zeiller hat noch in zwölfter Stunde [2]) den Gedanken in das Gesetz eingeführt, dass die Impensen des unredlichen Besitzers gesetzgeberisch als negotiorum gestio zu behandeln seien. Sein Commentar zeigt, dass er diesen Gedanken nicht ganz zu Ende gedacht hat; nun derselbe im publicirten Gesetzbuche steht, ist es aber unsere Sache, ihn wirklich auszudenken, sofern wir dabei nicht auf einen Conflict mit dem Zwecke des Institutes stossen. Dabei kann es sich denn ereignen, dass jener Grundgedanke, wenn und weil er eben eine gesunde Wurzel hat, sich auch in einem Punkte bewährt, welchen dessen Autor nicht vorausbedacht, ja vielleicht sogar hinterher für bedenklich gehalten hat. In diesem Sinne möchte ich nun die einzelnen aus §. 336 allg. B.G.B. abzuleitenden Sätze ins Auge fassen.

a) »Nützliche Verwendungen« des unredlichen Besitzers fallen unter die Regel des §. 1037 allg. B.G.B., d. h. der Besitzer hat Anspruch auf Ersatz der »darauf verwendeten Kosten«, wenn er »das Geschäft zu des Andern klarem, überwiegenden Vortheile geführet« hat. Dass die Vortheilhaftigkeit von Verwendungen für den Eigenthümer der Sache nicht »klar, überwiegend« genannt werden kann, wenn deren Erfolg aus-

---

1) Oben Nr. 3 a. E.

2) Die Protocolle II. S. 372 erzählen darüber nichts Näheres, wie diese Abänderung des Urentwurfes (Westgal. G.B. II. §. 55) zu Stande kam.

geblieben oder, noch bevor es zur Restitution der Sache kommt, durch einen Zufall wieder beseitigt ist, ist gewiss [1]). Insoweit also gilt für den unredlichen Besitzer dasselbe wie für den redlichen; er macht die »nützlichen« Verwendungen auf eigene Gefahr. Mit dieser Gleichstellung ist man denn auch allseits einverstanden.

Darüber aber übersieht man zumeist [2]), dass das allg. B.G.B., indem es in diesem Punkte gleichsam auf dem Umwege über die Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag für den malae fidei possessor zu demselben Ergebnisse kommt wie für den bonae fidei possessor, eben dadurch doch auch eine wichtige Unterscheidung gewonnen hat. Das Kriterium des »klaren, überwiegenden Vortheils«, durch welches §. 1037 cit. die »nützliche Geschäftsführung« kennzeichnet, ist, ähnlich wie das »negotium utile« des römischen Rechts [3]), als ein subjectives gedacht. Nicht, ob eine Melioration nach abstracter Beurtheilung an sich zweckmässig erscheint, sondern ob sie den concreten persönlichen Bedürfnissen des dominus entspricht [4]), darauf soll es ankommen. Das zeigt namentlich a contrario §. 1038 allg. B.G.B., welcher, allerdings in zu enger Fassung, ausspricht, dass die actio negotiorum gestorum (contraria) versagt wird, wenn der Eingriff des Geschäftsführers »dem Zwecke« des dominus negotii widerstreitet. So gilt es denn auch für die Verwendungen des unredlichen Besitzers im Gegensatze zu dem redlichen Besitzer. Für Letzteren sieht §. 331 allg. B.G.B. nur darauf, ob und welchen »gegenwärtigen Werth« die Verwendung in der Sache darstellt, es soll der

---

[1]) S. nur Zeiller, Comm. III. S. 320 f.; Stubenrauch II. S. 229.

[2]) Besser hier Kirchstetter a. a. O.; Krainz-Pfaff a. a. O.

[3]) Dass dort mit dem vermuthlichen Willen des dominus operirt wird (Ruhstrat, Arch. f. d. civ. Prax. XXXII. S. 192 ff.), ähnlich wie im D.G.B. §. 677 (vgl. D. Mot. II. S. 860), dürfte constructiv nicht richtig sein, thut aber hier nichts zur Sache.

[4]) Vgl. Zeiller, Comm. III. S. 320; nicht richtig beurtheilt das allg. B.G.B. Leist a. a. O. S. 193, aber auch Ogonowski a. a. O. S. 58 f.

objective Massstab, die Schätzung nach allgemeinen wirthschaftlichen Gesichtspunkten entscheiden; für Ersteren legt §. 336, indem er auf §. 1037 verweist, den subjectiven Massstab an.

Hier also ist der Punkt, wo der redliche Besitzer in der That »besser« gestellt ist, als der unredliche — aber nicht etwa zum Lohn für seine bona fides [1]), sondern aus einem guten wirthschaftspolitischen Grund, welcher bereits an früherer Stelle berührt ist [2]). Der Besitzer eines fremden Gutes, welcher weiss — oder auch nur im Zweifel darüber ist —, dass dies Gut ihm nicht gehöre, könnte, wenn er auf Gefahr des etwa besser Berechtigten melioriren dürfte, der Versuchung erliegen, durch Verbesserungen, welche, gerade weil sie höchst vortheilhaft sind, über die Kräfte des Berechtigten hinausgehen, diesen gleichsam zu expropriiren; dem gutgläubigen Besitzer liegt Derartiges fern, nicht weil er »gut« ist, sondern weil er eben gar nicht mit der Möglichkeit rechnet, dass das Gut ihm abgefordert werden könne. Deshalb dort der subjective, hier der objective Massstab für die Nützlichkeit von Impensen. Die Heranziehung des Gesichtspunktes des negotiorum gestio erweist sich also als ein glücklicher Griff der Codification durch die Nüancirung des Ersatzanspruches wegen nützlicher Verwendungen [3]), welche sie unvermerkt, und vielleicht den Codificatoren selbst unbewusst, im Gefolge hat.

II.

b) »Nothwendige Verwendungen« des unredlichen Besitzers fallen unter die Regel des §. 1036 allg. B.G.B., d. h.

---

[1]) Vgl. Petražycki, Fruchtverth. S. 180.

[2]) Oben Nr. 9 a. E.

[3]) A. A. Leist a. a. O. S. 196. Was D. Mot. III. S. 413 gegen die Berücksichtigung des subjectiven Masses vorbringen, ist wenig befriedigend. Das D.G.B. §. 1001 trägt dem nun Rechnung durch das Recht des Eigenthümers, die Sache dem Besitzer zu überlassen — mit Bezug auf nothwendige Impensen und gegenüber dem redlichen Besitzer wohl sehr hart, während dem unredlichen Besitzer durch §. 996 D.G.B. der Ersatz für impensae utiles ganz abgesprochen ist.

der Besitzer hat Anspruch auf Ersatz des »nothwendigen und zweckmässig gemachten« Aufwandes, »wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist«[1]), während der gutgläubige Besitzer nach §. 331 allg. B.G.B. in solchem Falle den Schaden tragen muss.

Ist diese »Begünstigung« des unredlichen Besitzers wirklich »horrible dictu«[2])? Nein! Vielmehr hat sie einen sehr triftigen Grund: denselben, welchen schon die Jurisprudenz der Römer als das legislatorische Motiv der actio negotiorum gestorum (contraria) erkannt hat[3]), und welchen das allg. B.G.B. eben durch die Verweisung auf die Geschäftsführung ohne Auftrag auch für das Gebiet des malae fidei possessio zur Geltung bringt. Der malae fidei possessor — dies der Gedankengang des Gesetzes — kommt, sofern er die Sache vor Schaden bewahrt, nicht als Verletzer fremden Rechts in Betracht, sondern als Verwalter fremden Gutes. Mit dem wirklichen negotiorum gestor kommt er darin überein, dass er das Bewusstsein hat, durch seine Verwendungen in letzter Linie die Geschäfte eines Anderen zu besorgen; er unterscheidet sich von ihm dadurch, dass er nicht, oder doch nicht immer[4]), auch die Absicht, den »Animus« hat, diesem fremden Interesse zu dienen. Indem nun das Gesetz ihn gleichwohl dem negotiorum gestor gleichstellt, setzt es sich nicht etwa bloss durch eine Fiction über dieses Moment hinweg, sondern will es den Besitzer gleichsam mit sanfter Gewalt practisch zum negotiorum gestor des Eigenthümers machen. Der malae fidei possessor soll die zur Erhaltung der Sache »nothwendigen und zweckmässigen« Auslagen

[1]) Es wäre denn, dass er auch schon für casus zu haften hätte: §. 338 allg. B.G.B.

[2]) Statt aller s. z. B. die Ausführung bei Nippel, Erl. III. S. 126 f.

[3]) L. 1 D. de neg. gest. 3, 5, §. 1 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27; vgl. Kohler, Jahrb. f. d. Dogm. XXV. S. 42 f.; Winiwarter a. a. O. IV. S. 240; Protocolle II. S. 172 f. zu Westgal. GB. III. §. 127.

[4]) Er kann immerhin auch den »animus negotii alieni gerendi« haben, L. 5 C. de R. V. 3, 32.

machen, er soll nicht, weil er an dem Bestande seines Rechtes zweifelt, gegen Gefahren, welche die Existenz der Sache bedrohen, gleichgiltig bleiben. Das aber wäre von ihm zu erwarten, nicht bloss wenn ihm für die nothwendigen Auslagen gar kein Ersatzanspruch gewährt würde [1]), sondern auch, wenn ihm der Ersatz nur bei glücklichem Erfolge gesichert wäre. Damit also nicht durch übel angebrachte Sparsamkeit das eigene Interesse des Eigenthümers und die volkswirthschaftliche »magna utilitas« der Gütererhaltung gefährdet werde, gilt der Rechtssatz, dass dem unredlichen Besitzer der nothwendige Aufwand unbedingt zu vergüten ist. Der Rechtssatz soll für den unredlichen Besitzer das Motiv schaffen, das wirthschaftlich Richtige zu thun. Den redlichen Besitzer, der das Bewusstsein hat, eigenes Gut zu verwalten, treibt schon das eigene Interesse und die eigene wirthschaftliche Berechnung dazu, das zur Erhaltung des Gutes »Nothwendige« vorzukehren, obgleich er weiss, dass ihn Unglücksfälle um den Lohn seiner Arbeit bringen können. Für ihn braucht ein solches Motiv nicht erst künstlich dadurch erzeugt zu werden, dass ihm die Gefahr abgenommen wird, mit welcher er von vornherein gerechnet hat [2]). »Eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr« [3]), darin liegt der Grund der verschiedenen Behandlung des Impensenersatzes bei redlichem und unredlichem Besitz [4]).

Ist darin der leitende Gedanke der Differenzirung zwischen dem Ersatzanspruch des bonae und malae fidei possessor richtig erkannt, so muss auch anerkannt werden, dass dieser

---

[1]) Den Ersatz der nothwendigen Impensen auch nur dem wirklich unehrlichen Besitzer, dem »fur« oder »praedo« zu versagen, wie L. 1 C. de inf. expos. 8, 51, ist daher nicht politisch; vgl. auch Leist a. a. O. S. 97; Petražycki, Eink. I. S. 304, 313.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 94 f.

[3]) Unger, Jahrb. f. d. Dogm. XXXIII. S. 359.

[4]) Daher ebenso motivirt die Gleichstellung des Usufructuars (§. 515 allg. B.G.B.) mit dem redlichen Besitzer (Protocolle II. S. 535), bedenklich die Gleichstellung des Commodatars (§. 981 allg. B.G.B.; Schey, Obl. Verh. I. S. 241 f.).

Gedanke jeden Halt verlöre, wenn die Ansicht begründet wäre, dass »unredlicher« Besitzer im Sinne des Gesetzes auch derjenige sei, welcher sich zwar für berechtigt hält, aber aus unentschuldbarem Irrthum. Dem Besitz eines solchen, welcher nicht nur nicht die Absicht, sondern gar nicht das Bewusstsein hat, mit seinen Verwendungen fremden Interessen zu dienen, welcher vielmehr nichts Anderes weiss und will als die Förderung des eigenen Interesses, unter den Gesichtspunkt des negotiorum gestio zu rücken, fehlte es an jeder dogmatischen Anknüpfung [1]) und jedem practischen Anlass — auch dort, wo sein Glaube aus Fahrlässigkeit entspringt [2]). Aber noch mehr als dies. Die besondere, günstige Normirung des Ersatzes für nothwendige Impensen soll, wie gezeigt wurde, auf den Besitzer, der die Unsicherheit seiner Stellung kennt, als ein Motiv zur Besorgung der nöthigen Vorkehrungen wirken. Für den seines Rechtsmangels, sei es auch in Folge groben Irrthums, nicht bewussten Besitzer bedarf es nicht erst solcher Motivation. Diesen unter dieselbe Regel stellen, wie jenen, hiesse also, ihm die gleiche Begünstigung zu Theil werden lassen, ohne die gleiche Rechtfertigung durch den Zweck der Norm. Für diesen »Unredlichen« bliebe wirklich nur die nackte Thatsache übrig, dass er »besser behandelt würde« als der redliche; mit anderen Worten, ohne jeden Zweckgedanken wäre der unentschuldbar Irrende vor demjenigen bevorzugt, der sich auf entschuldbaren Irrthum beruft.

12.

III. Für die Feststellung der **Begriffe des „redlichen" und „unredlichen" Besitzes im allg. B.G.B.**

wäre nunmehr aus den vorstehenden Ausführungen die Summe zu ziehen. Auf alle einzelnen Elemente dieser Begriffscon-

[1]) Vgl. L. 14 §. 1 D. comm. div. 10, 3.

[2]) Ganz consequent wendet daher D.G.B. §. 994, 2. Satz, den Gesichtspunkt der negotiorum gestio nur bei mala fides superveniens an, welche gemäss §. 990 nur durch die wirklich erlangte Kenntniss des fremden Rechts begründet wird — wodurch denn andererseits aber wieder eine gar feine Distinction eintritt.

struction einzugehen, fände sich hier die richtige Stelle, aber — leider nicht der nöthige Raum! So muss ich mich damit begnügen [1]), zur Characterisirung und zugleich zur Befestigung der Ergebnisse, welche die Darlegung der gesetzgeberischen Motive des Institutes der bonae fidei possessio geliefert hat, nur die Hauptfrage näher ins Auge zu fassen, nämlich die Frage der Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums des redlichen Besitzers.

Wenn »guter Glaube« das Bewusstsein des Besitzers bedeutet, dass sein Besitz ein rechtmässiger sei [2]), »böser Glaube« das Fehlen dieses Bewusstseins oder, einfacher wenngleich minder genau gesagt, die Kenntniss der Unrechtmässigkeit seines Besitzes, und wenn vorausgesetztermassen jener Glaube des Ersteren ein Irrthum, ein Fehler [3]) ist, so knüpft sich daran die Frage, ob »Redlichkeit« nicht mindestens voraussetze, dass dieser Irrthum entschuldbar sei; oder, um die der modernen Rechtssprache geläufige Formel [4]) zu gebrauchen: steht nicht »dem Kennen das Kennenmüssen« gleich?

Die herrschende gemeinrechtliche Lehre bejaht diese Frage

[1]) Ich muss namentlich die Frage, in wie weit der Begriff der bona fides positiv oder negativ zu formuliren sei, bei Seite lassen. Nur einen damit zusammenhängenden Punkt konnte ich oben Nr. 9 a. E. wenigstens streifen.

[2]) So wird, im Hinblicke namentlich auf die Möglichkeit »redlichen Besitzes« an Immobilien im Widerspruch mit dem Grundbuche (vgl. nur Strohal, Eig. an Immob. S. 151 f.), der Inhalt des guten Glaubens zu formuliren sein (§. 326 allg. B.G.B. meint es doch wohl nicht anders als Pr.L.R. I. 7 §. 11: »Wer es weiss, dass er aus keinem giltigen Titel besitzt, der heisst ein unredlicher Besitzer«); in solchem Falle weiss der Besitzer, dass er, Mangels der Einverleibung, nicht Eigenthum erworben hat, aber von der Gerechtigkeit seines Eigenthumstitels ist er überzeugt; vgl. Pfaff-Hofmann, Rechtslex. S. 401; Adler, Jahrb. f. d. Dogm. XXXIII. S. 181 f. — auch dies leider ein Punkt, dessen nähere Beleuchtung ich erst an anderem Orte werde versuchen können.

[3]) In dem in der vorigen Note erwähnten Falle involvirt die bona fides keinen Irrthum, wohl aber einen »Fehler« (die unterlassene bücherliche Durchführung des Erwerbs).

[4]) Vgl. §. 146 d. I. Entw. des D.G.B.: »Im Sinne des Gesetzes ist unter Kennenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen zu verstehen«; dazu Cosack, Lehrb. S. 239; Planck, Comm. I. S. 35.

und, mit einer gewissen Einschränkung, hat sie im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch Bestätigung gefunden [1]). Aber auch für das österreichische Recht besteht die grosse Mehrzahl der Juristen auf dem Erforderniss der Entschuldbarkeit des Irrthums für den »redlichen Besitz« [2]). Die entgegengesetzte Anschauung, welche vorlängst Unger verfochten hat, hat nur wenig Anklang gefunden [3]). Dennoch halte ich nur diese für begründet: Im Sinne des allg. B.G.B. ist obige Frage zu verneinen; »redlicher Besitzer« ist jeder, welcher thatsächlich an der Rechtmässigkeit seines Besitzes nicht zweifelt, mag darin ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer Irrthum gelegen sein.

Zu Unger's Ausführungen wird sich noch ein oder das andere nachtragen lassen. Mehr Werth aber möchte ich darauf legen, dass dieselben nun vielleicht durch die »civilpolitische« Erörterung des Gegensatzes von bonae und malae fidei possessio in eine schärfere Beleuchtung gerückt sind.

Schritt für Schritt hat uns die Erforschung des legislativen Grundes der für den redlichen und unredlichen Besitz characteristischen Rechtssätze auf Postulate geführt, welche überall, aber auch nur dort Beachtung erheischen, wo der Besitzer thatsächlich nicht weiss, bezw. weiss oder zweifelt, dass sein Besitz nicht rechtlich feststeht, ohne dass

---

[1]) D.G.B. § 932; vgl. Cosack a. a. O.; andererseits aber D.G.B. §. 990, dazu oben S. 485, N. 2.

[2]) Pachmann, Die Verjährung S. 94; Michel, Grundriss S. 67; Winiwarter II. S. 54 f.; Stubenrauch I. S. 406; Kirchstetter, Comm. S. 184; Schiffner, Lehrb. §. 121, S. 45; Krainz-Pfaff I. S. 541; Randa, Eigenthumsr. I. S. 367; Pfersche, Privatrechtl. Abhandl. S. 117; Ofner, Sachenr. S. 32; aus der Spruchpraxis Slg. Nr. 8137, 13453, 14735, minder entschieden Slg. Nr. 13250. — Eine Mittelmeinung, die die Sache nicht klarer macht, vertritt Zrodlowski, Untersuchung. a. d. österr. Civilr. S. 11 ff. und Canstein in Grünhut's Ztschr. V. S. 746.

[3]) Unger in Haimerl's österr. Vierteljahrsschr. I. S. 79 ff.; ihm folgen nur Burckhard, Syst. III. S. 145 f. und wohl auch Pfaff-Hofmann, Comm. I. S. 155 f. Nicht ganz klar sprechen sich aus Zeiller, Comm. II. S. 63 f. und Nippel Erl. III. S. 97 f.

es für die Consequenzen des Verhältnisses, welche der Gesetzgeber herbeiführen bezw. hintanhalten will, von Belang wäre, ob jenes »Nichtwissen« auf Fahrlässigkeit beruht oder nicht — so die Betrachtung der Restitutionspflicht des unredlichen (oben Nr. 5 a. E.) und des Fruchtrechts des redlichen Besitzers (oben Nr. 7 a. E.), sowie des Impensenanspruchs des Einen (oben Nr. 9 a. E.) und des Anderen (oben Nr. 11 a. E.). In dieser — nicht etwa aus einer allgemeinen naturalis ratio, sondern der ratio concreter Normen des Gesetzbuchs gewonnenen — Erkenntniss liegt, wie mir scheint, ein so starkes Argument gegen die Gleichsetzung von »Wissenmüssen« und »Wissen« bei der Abgrenzung der bonae und malae fidei possessio nach österreichischem Recht, dass es sich weiterhin nicht mehr eigentlich um den positiven Nachweis der Richtigkeit dieses Satzes aus dem Gesetze handelt, sondern nur darum, darzuthun, dass einzelne Gesetzesstellen mit demselben nicht geradezu in Widerspruch stehen.

Dabei darf freilich eines nicht übersehen werden. Der Begriff des »redlichen Besitzes« ist im allg. B.G.B. gewiss als ein einheitlicher gedacht, aber eben nur der Begriff des redlichen Besitzes. Aus der Bedeutung, welche das Gesetz dem Prädicate der »Redlichkeit« in Beziehung auf andere Thatbestände da und dort beilegt, voreilige Schlüsse auf den Begriff der bonae fidei possessio zu ziehen, währe daher ein methodischer Fehler [1]) — ganz abgesehen davon, dass auf diesem Wege schon deshalb nicht viel zu gewinnen ist, weil ausserhalb des Gebietes des »redlichen Besitzes« der Sprachgebrauch des Gesetzbuchs kein technischer, sondern ein populärer und schwankender ist. So, um dies nur anzudeuten, soll zweifellos die »Redlichkeit«, welche von dem Verwalter fremden Vermögens gefordert wird (§§. 228, 262, 1009 allg. B.G.B.), nichts Anderes sagen als die »diligentia diligentis patris familias«, also mehr als das blosse Nichtwissen von begangenem Unrecht; ebenso sicher aber bedeutet »redlich« in

[1]) Bedenklich daher z. B. Winiwarter II. S. 53 f.

§. 1001, §. 1271, §§. 1386 f. allg. B.G.B. nur das Gegentheil von »dolus«, sowie »unredlich« in §. 932 allg. B.G.B. arglistiges Handeln [1]), vielleicht auch culpa lata inbegriffen [2]); in §. 333 allg. B.G.B. aber heisst »redlicherweise«, wie schon der Gegensatz zu dem ersten Satze des Paragraphen zeigt, mehr als die »bona fides« des Besitzers, nämlich die gute Absicht, die bona mens bei dem Erwerb der Sache [3]). Wie wollte man da aus der Terminologie Aufklärung für den Begriff des »redlichen Besitzes« suchen? Uns gilt es nun vor Allem, unsere These an

1. der Legaldefinition des §. 326 allg. B.G.B. zu messen, auf welche sich die herrschende Lehre beruft. Ganz deutlich verlange §. 326, dass der »redliche« Glaube sich auf »wahrscheinliche Gründe« stütze, das ist entschuldbar sei, und ebenso deutlich bezeichne er als »unredlichen« Besitzer denjenigen, »welcher weiss oder aus den Umständen vermuthen muss«, dass die Sache einem Anderen zugehöre. Damit wären allerdings alle unsere Deductionen durch den entscheidenden Gesetzestext verworfen. Allein der Widerspruch schwindet, wenn man der Auslegung folgt, welche Unger [4]) eingehend begründet hat, welche daher an dieser Stelle keiner ausführlichen Wiederholung bedarf: §. 326 allg. B.G.B. will lediglich schon in der Feststellung des Grundbegriffes der bonae fidei possessio zum Ausdrucke bringen, dass »der Beweis der mala wie der bona fides aus den Umständen geführt werden kann«, er spricht die »Zulässigkeit des Indicienbeweises« aus [5]) — eine bei den damals giltigen Grundsätzen des Processrechts durchaus nicht überflüssige Vorsicht [6]). Die

---

[1]) Vgl. Michel, Gewährleist. n. österr. Pr.R. S. 23; Stubenrauch II. S. 116; Burckhard, Syst. II. S. 268, N. 38.

[2]) Pfaff, Gutacht. S. 113 f.

[3]) Im Gegensatze zu §. 1088 allg. B.G.B., wo »redlicherweise an sich bringen« nichts anders als bona fides im Sinne des §. 367 bedeutet.

[4]) A. a. O. S. 98 f.

[5]) Dasselbe wäre von §. 1437 allg. B.G.B. zu sagen.

[6]) S. Pratobevera, Material. II. S. 64 f. und selbst Randa a. a. O.

Existenz der bona fides bleibt also von jenen »Umständen« unabhängig. Dass diese Lösung der Frage vom Interpretationsstandpunkte unmöglich sei, haben im Grunde auch die Gegner Unger's nicht behauptet [1]). Von einer aus allgemeinen Erwägungen abgeleiteten anderen Auffassung des Wesens der bona fides ausgehend, halten sie nur die Auslegung Unger's für nicht überzeugend, nicht für die einzig mögliche. Das mag immerhin zugegeben werden. Um so mehr aber darf es uns genügen, dass eine allen Regeln der grammatischen und logischen Auslegung Stand haltende Erklärung des §. 326 möglich erscheint, die im Einklange steht mit dem Begriffe des redlichen Besitzes, welcher sich aus der Beachtung der ratio der einzelnen auf denselben bezüglichen gesetzlichen Vorschriften ergeben hat.

Zur Befestigung seines Ergebnisses hat übrigens schon Unger weiter auf den Schlusssatz des §. 326 verwiesen, welcher »redlichen« Besitz »aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften« anerkennt. Nach dem juristischen Glaubensbekenntnisse der Codificatoren bedeutet in der That der Satz, dass Rechtsirrthum für die Frage der bona fides dem Thatirrthum gleichstehe, nicht mehr und nicht weniger, als dass auf Entschuldbarkeit des Irrthums nichts ankomme [2]). Dabei mag hier an einen verwandten Gedankengang erinnert sein. Die Unterlassung der Einsichtnahme in das Grundbuch kann im Sinne des allg. B.G.B. zwar nicht geradezu als »Rechtsirrthum« bezeichnet werden, wohl aber

---

S. 371, trotzdem er andererseits in §. 326 allg. B.G.B. einen materiellen Rechtssatz finden will.

[1]) Der Einwand von Stubenrauch a. a. O. N. 7, dass vom Beweise erst in §. 328 allg. B.G.B. die Rede sei, genügt jedenfalls nicht, um Unger's Theorie abzulehnen.

[2]) Vgl. Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 151 ff. Das braucht uns allerdings nicht zu hindern, für das geltende Recht das Wesen des Satzes von der Anwendung der Gesetze auf Rechtsunwissende (§. 2 allg. B.G.B.) richtiger zu erfassen; vgl. namentlich Adler a. a. O. S. 152 ff.; auch Pernice, Labeo II. S. 493 ff.

als eine ex lege immer unentschuldbare »Nachlässigkeit« (§. 443 allg. B.G.B.). Wenn nun gleichwohl — Zeuge dessen §. 1079 allg. B.G.B. [1]) — die Unkenntniss eines bücherlichen Rechtes die Redlichkeit des Besitzes nicht ausschliesst, so ist auch hier der Schluss nicht abzuweisen, dass »bona fides« und fahrlässiges Nichtwissen nicht unvereinbare Dinge sind.

Ein weiteres Argument liefert §. 326 selbst durch sein Schweigen über einen entscheidenden Punkt. Die österreichischen Civilisten [2]), welche bei unentschuldbarem Irrthume die Existenz einer bonae fidei possessio leugnen, beschränken dies — ohne es näher zu begründen [3]) — auf den Fall, dass der Irrthum sich als grobe Fahrlässigkeit, als culpa lata darstelle. §. 326 cit. weiss von dieser Unterscheidung nichts und doch hätte er das ausdrücklich erwähnen müssen; denn der allgemeine Grundsatz des allg. B.G.B. (§. 1295) ist der, dass für die Frage, ob es überhaupt zu verantworten sei, die verschiedenen Grade des Verschuldens ohne Belang sind [4]).

2. Für die gegnerische Ansicht wird namentlich auch §. 1493 allg. B.G.B. ins Feld geführt, der von der accessio temporis bei der Ersitzung handelt und beifügt: »Bei der eigentlichen Verjährung findet diese Einrechnung selbst ohne guten Glauben,

---

[1]) Vgl. auch Unger a. a. O. S. 101; Nippel VII. 1, S. 217; unrichtig Winiwarter IV. S. 281, dem Stubenrauch II. S. 269 folgt.

[2]) S. die oben S. 487, N. 2 genannten, mit Ausnahme von Krainz-Pfaff I. S. 543, N. 16.

[3]) Dass culpa lata bezüglich der Frage, ob gehaftet werde, überall dem dolus gleichstehe, kann für das österreichische Recht aus §. 1324 allg. B.G.B. nicht abgeleitet werden, wie Randa a. a. O. S. 367, N. 61 andeutet; s. dagegen Hasenöhrl, Oesterr. Obl.R. II. S. 156. Die Berufung auf §. 415 allg. B.G.B. (bei Stubenrauch I. S. 406, N. 6) beweist nichts; denn das »Verschulden« kann dort überhaupt nur »Verursachung«, nicht aber »culpa« bedeuten; westgal. G.B. II. §. 147 hatte deutlicher und besser wirklich von dem »Urheber« der Vereinigung gesprochen; vgl. auch Krainz-Pfaff I. S. 444, N. 21.

[4]) Was den Umfang der Haftung anbelangt, s. oben S. 439 bei N. 3.

oder schuldlose Unwissenheit statt.« Unger hat diesen Einwurf mit der Bemerkung abgethan, dieses »oder« bedeute »nicht Identität, sondern Steigerung« [1]). In der That könnte sich die Feststellung des Legalbegriffes des §. 326 dabei beruhigen, ja dies sogar als Argument für die hier vertretene Anschauung in Anspruch nehmen, dass §. 1493 cit. den »guten Glauben« und die »schuldlose Unwissenheit« als Erfordernisse der accessio temporis neben einander nenne, was ein Pleonasmus wäre, wenn die »Unredlichkeit« im Sinne des §. 326, bezw. §. 1460 allg. B.G.B. das schuldbare Nichtwissen schon begrifflich einschlösse. Warum hier noch mehr als die bona fides des §. 326 verlangt werde, könnte füglich dahin gestellt bleiben. Ich will denn auch in dieser Richtung nur wenige Worte hinzufügen.

Die Entstehungsgeschichte des §. 1493 cit. verbreitet nicht viel Licht über die Herkunft der fraglichen Schlussworte des Paragraphen [2]). Man empfängt den Eindruck, dass man es mit einem erratischen Stein aus einer älteren Schichte der Codificationsarbeit zu thun habe. Das Erforderniss der »schuldlosen Unwissenheit« stammt wohl aus dem Gedankenkreise des Codex Theresianus [3]), welcher, der damaligen romanistischen Doctrin folgend, für die Ersitzung, und consequent daher auch für die accessio temporis bei der Ersitzung, entschuldbaren Irrthum forderte. Während man nun bei der Normirung der Ersitzung im Allgemeinen davon in den späteren Stadien der Codification abging, hat man es versäumt, dem auch bei der Regelung der accessio temporis Rechnung zu tragen. Ob das lediglich ein Versehen war, darüber mag schwer abzusprechen sein. De lege lata lässt sich den zweifelhaften Worten des §. 1493 immerhin noch eine actuelle Bedeutung abgewinnen. Die accessio temporis

[1]) A. a. O. S. 101.

[2]) Im Westgal. G.B. III. §. 631 fehlen sie noch; die Protocolle II. S. 282 schweigen über den Grund des Zusatzes.

[3]) S. unten zu 4.

»bei der eigentlichen Verjährung« kommt naturgemäss auch in Frage für Ansprüche aus verbücherten Rechten, z. B. Hypothekarforderungen. Es ist nicht unwahrscheinlich, weil nicht unberechtigt, dass der Gesetzgeber für derartige Fälle besonders darauf hinweisen wollte, dass der Verpflichtete sich die Verjährungszeit seines Vormannes einrechnen dürfe, obgleich er die Existenz der Forderung aus dem öffentlichen Buche ersehen konnte, obgleich ihm also in dieser Beziehung keine »schuldlose Unwissenheit« zu gute komme. Mit der blossen Erwähnung der bonae fidei possessio wäre das, Angesichts des §. 443 allg. B.G.B., noch nicht ausser Zweifel gestellt gewesen. So verstanden verlieren aber die Schlussworte des §. 1493 ihre gegen unsere Auffassung des »redlichen Besitzes« gerichtete Spitze.

3. Gewichtigere Bedenken erregt §. 368 allg. B.G.B. Wie sich diese Bedenken lösen, kann ich hier nur in gebotener Kürze andeuten. Wenn §. 368 cit. sagt: »wird bewiesen, dass der Besitzer . . . aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder anderen Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können; so muss er als ein unredlicher Besitzer die Sache dem Eigenthümer abtreten«, so lässt sich dies nicht so leicht, wie der Ausdruck des §. 326, als ein blosser Hinweis auf die Zulässigkeit des Indicienbeweises deuten [1]). Ist damit aber auch schon dargethan, dass das »Wissenkönnen« dem »Wissen« begrifflich gleichstehe? Dem ist vorerst auch hier wieder entgegenzuhalten, dass, wenn dem so wäre, §. 368 nicht erst besonders anzuordnen brauchte, derjenige, der »hätte wissen können«, sei »als unredlicher Besitzer« zu behandeln; viel eher legt diese Wendung den Schluss nahe, dass ein solcher nicht eigentlich unredlicher Besitzer im Sinne des §. 326

[1]) So Unger a. a. O. S. 97, wie es scheint auch Zeiller, Comm. II. S. 137; s. dagegen Goldschmidt, Ztschr. f. H.R. VIII. S. 289.

allg. B.G.B. zu sein brauche [1]). Genügte schon dies zur Herstellung der formalen Harmonie beider Gesetzesstellen, so lehrt in sachlicher Beziehung die Geschichte der deutschrechtlichen Sätze über den Eigenthumserwerb aus der Hand des Nichteigenthümers [2]), welchen die §§. 367 und 368 allg. B.G.B. entstammen, dass sich in der That den positiven Voraussetzungen dieses Eigenthumserwerbs, der Redlichkeit des Erwerbers und der Qualification des Erwerbsgeschäftes, als ein weiteres Erforderniss das der Unverdächtigkeit des Vormannes hinzugesellt hat [3]), eine Anforderung also, welche die objective Grundlage des Erwerbs, den titulus angeht, nicht aber das subjective Moment der bona fides [4]). Die »Redlichkeit« des Besitzes ist somit im Sinne des §. 368 cit. durch die »Verdächtigkeit« des Vormannes begrifflich nicht ausgeschlossen, sie nützt in solchem Falle dem Besitzer nur nicht [5]).

Eine directe Bestätigung dieses Verhältnisses bietet der, historisch und practisch mit §. 368 zusammenhängende [6]) §. 373 allg. B.G.B. Ganz klar zählt dieser den »unred-

---

[1]) Vgl. oben S. 434, N. 1; s. auch Protocolle I. S. 254 zu Westgal. G.B. II. §. 98.

[2]) S. Goldschmidt a. a. O. VIII. S. 259 ff.; Stobbe, Deutsch.Pr.R. (3. Aufl.) II. S. 262 ff.

[3]) In der breiteren Ausdruckweise des Cod. Ther. II. 8 Nr. 46 war das ganz deutlich: ». . . ist an dem gemeinen guten Glauben . . . nicht genug, sondern er muss auch dieselbe von jemand solchen an sich gebracht haben, von dem er vernünftigerweise hat glauben können, dass sie ihm gehörig seie« (dazu Harrasowsky a. a. O. II. S. 132, N. 5); desgleichen III. 7 Nr. 40 (§. 456 allg. B.G.B. entsprechend): »mit gutem Glauben . . . in Hinzutretung der übrigen im II. Th. ausgemessenen Erfordernussen . . . und beinebst seinen Gewährsmann ausweisen kann . . .«. Ebenso Entw. Horten II. 6 §. 7, während Entw. Martini II. 3 §§. 21 f. und Westgal. G.B. II. §. 93 das Verhältniss verwischt haben.

[4]) Anders Krasnopolski, Der Schutz d. redl. Verkehrs S. 13 f.

[5]) Vgl. L. 24 pr. D. de usurp. 41, 3: »Ubi lex inhibet (usucapionem) bona fides possidenti nihil prodest.«

[6]) Im Westgal. G.B. II. §§. 90 ff. stand die Norm des jetzigen §. 367 noch im unmittelbaren Anschlusse an die Klage aus dem besseren Rechte (§. 372 allg. B.G.B.).

lichen« Besitz und den von einem »verdächtigen Vormanne« erlangten als zwei verschiedene gegen den Besitzer wirkende Momente auf[1]).

4. Um zuletzt wieder zu §. 326 allg. B.G.B. zurückzukehren, liegt die Frage nahe, ob denn die Auslegung, welche vorstehend gegen die wichtigsten Einwendungen zu sichern versucht ist, auch durch die Codificationsgeschichte bestätigt werde. Randa[2]) hat das Gegentheil behauptet, aber kaum mit Recht.

Der Cod. Theresianus nimmt, an der unserem §. 326 entsprechenden Stelle (II. Th. Cap. 24, Nr. 16), unter die Begriffsmerkmale des »Besitzes mit gutem Glauben« neben der subjectiv »ungezweifelten Meinung« auch die »untadelhafte Unwissenheit« auf. Dass ihm dies wie für die Ersitzung[3]), so auch für das Fruchtrecht und den Impensenanspruch des redlichen Besitzers gilt, beweist schon die Verzeichnung aller dieser »Wirkungen des erworbenen Besitzrechts« in demselben Capitel (II, 24 §. V, bes. Nr. 75, 77, 78). Durchaus also der Standpunkt der Theorie vom entschuldbaren Irrthum des bonae fidei possessor. Nicht anders der Entwurf Horten's (II. 7 §. 3), obgleich dort die ganze Frage mehr in den Hintergrund tritt, da dieser Entwurf (II, 21 §. 1) dem Besitz überhaupt »nur alsdann einige Rechtswirkung gibt«, wenn er ein »rechtmässiger« ist.

Die Besitzlehre des Martini'schen Entwurfs liess letzteren Gedanken wieder fallen[4]), ohne aber im Uebrigen den Faden des Cod. Ther. wieder aufzunehmen. Im II. Theil 2. Hauptstück, §. 19 wird trocken ausgesprochen: »Redlich

---

[1]) Zeiller's Referat (Protocolle I. S. 250) führte sie mit »erstens« — »zweitens« auf; vgl. Comm. II. S. 147; Nippel III. S. 238 f.; Burckhard Syst. III. S. 128 f., N. 14.

[2]) A. a. O. S. 368.

[3]) Cod. Ther. II. 9 Nr. 11—14.

[4]) Vgl. Entw. Martini II. 2 §. 29: »Wie immer der Besitz beschaffen sein möge . . .«

ist derjenige Besitzer, welcher nicht weiss, dass die Sache ... einem Anderen zugehöre; so bald er aber dieses weiss, wird er ein unredlicher Besitzer« — keine Spur mehr von einer Gleichstellung des »Wissens« und des »Wissenmüssens« [1]). Ebenso dann, in noch bündigerer Form das westgal. G.B. II. §. 48, der unmittelbare Vorläufer des §. 326 allg. B.G.B.: »Wer nicht weiss, dass die Sache ... einem Anderen zugehöre, ist ein redlicher Besitzer; wer dieses weiss, ist ein unredlicher.« Woher dieser Umschwung, ist nicht leicht zu sagen. Aus dem Naturrecht dürfte Martini die Gleichgiltigkeit gegen die Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht geschöpft haben, wenigstens nicht aus seiner Theorie des Naturrechts [2]). Auch die gemeinrechtliche Doctrin seiner Zeit [3]) pflegte, wenigstens für die bonae fidei possessio als Grundlage der Ersitzung, nur entschuldbaren Irrthum gelten zu lassen. Es bleibt also nur die Vermuthung, dass der Einfluss des Preussischen Landrechts im Spiel war. Nicht, als ob man dessen Normen geradezu recipirt hätte. Aber man fand da den neuen und ansprechenden Gedanken, dass eine völlige Gleichstellung des unentschuldbaren Nichtwissens mit dem Wissen von dem Rechtsmangel zu vermeiden sei [4]). Dass doch nur der wirklich »Wissende« als ein »eigentlich unredlicher Besitzer« [5]) behandelt werden solle, schien einleuchtend. Wie so oft, nahm Martini die Idee des Landrechts auf; aber, da man die Reception detaillirter Vorschriften

---

[1]) Auch nicht bei der Ersitzung: III. 18 §. 16.

[2]) Martini, Lehrbegr. d. Naturr. (1787) S. 198 lehrt: »wer aber für das Seinige ausgibt, was er weiss oder doch wissen könnte, dass es fremdes Gut ist, handelt unredlich«; anders schon Zeiller, Das natürl. Pr.R. (1808) S. 106.

[3]) Vgl. Glück, Erl. VII. S. 542.; Wien. Heineccius §. 442; Höpfner, Comm. üb. d. Heinecc. Instit. §. 396. — Ueber das canonische Recht s. Unger a. a. O. S. 82 f.

[4]) »Der unredliche Besitz hat nach dem Systeme des preussischen Rechtes Grade und Abstufungen«: Dernburg, Lehrb. I. S. 358 f.; vgl. Pr.L.R. I. 7 §§. 11 ff., §§. 232 ff., I. 11 §§. 159 ff.

[5]) Dernburg a. a. O. S. 358, 436.

scheute, gelangte man durch »Vereinfachung« des preussischen Satzes zu der kategorischen Fassung des citirten §. 48 des westgal. Gesetzbuches [1]). Wenn dem so ist, so ist klar, dass diese Begriffsbestimmung des Entwurfes ernst zu nehmen ist, mögen auch an anderen Stellen noch einzelne Spuren des älteren Standpunktes zu finden sein [2]).

Die letzten Stadien der Codification, soweit wir über dieselben unterrichtet sind, beweisen denn auch, dass man sich der Tragweite der verschiedenen Formeln — »Nichtwissen« oder »schuldlose Unwissenheit« — wohl bewusst war. Bei der Lesung des Jahres 1803 ward zu dem genannten §. 48 des Urentwurfes die Doctorfrage in aller Form gestellt durch eine Erinnerung der Wiener Facultät (Prot. I. S. 231), welche meinte, es sollte »in Uebereinstimmung mit §. 93« (jetzt §. 368 allg. B.G.B.) heissen »Wer aus schuldloser Unwissenheit nicht weiss«. So wurde damals auch beschlossen. Bei der Revision im Jahre 1807 (Prot. II. S. 369 f.) aber ward statt dessen die heutige Textirung des §. 326 allg. B.G.B. angenommen: »Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache für die seinige hält« u. s. w. Sie sollte gewissermassen die Mitte halten zwischen der Fassung des Urentwurfes: »Wer nicht weiss . . .« und der der 1. Lesung: »Wer aus schuldloser Unwissenheit nicht weiss . . .« Die »Tendenz« der neuen Textirung aber kommt ziemlich deutlich in den Protocollen zum Vorschein. Schon die Motivirung Zeiller's zu der Fassung der ersten Lesung, welche auf »schuldlose Unwissenheit« abgestellt hatte — »weil sich der Besitzer sonst immer entschuldigen könnte, er habe wirklich nicht gewusst . . .« — lässt errathen, dass man bei dem »error pro-

---

[1]) Vgl. Westgal. G.B. III. §. 602.

[2]) So, wenn Entw. Martini II. 2 §. 21 oder II. 4 §. 6 von »schuldloser Unwissenheit«, »schuldlosem Irrthum« des bonae fidei possessor spricht; in dem der ersteren Stelle entsprechenden Westgal. G.B. II. §. 50 ist dies ausgemerzt, nicht so in dem der letzteren entsprechenden §. 107 das.

babilis« nicht so sehr an den »entschuldbaren« als an den »beweisbaren« Irrthum dachte [1]). Ganz unverkennbar aber ist dies in Zeiller's Referat bei der Revision, wo er unterscheidet: »1. Jemand (wie aus seinem Geständnisse oder aus seiner Ueberweisung deutlich am Tage liegt) weiss ... Ein solcher sei unzweifelhaft ein unredlicher Besitzer. — 2. Jemand schützt seine Unwissenheit vor; allein aus den Umständen ... konnte und musste er argwohnen ... Auch dieser sei nach einer rechtlichen Vermuthung ein unredlicher Besitzer.« Mit Rücksicht auf diese Möglichkeiten und »um der Kritik, dass man über das Innere des Menschen nicht wohl entscheiden könne, zu entgehen« [2]), schlug Zeiller die Abänderung vor, welche den jetzigen Text des §. 326 allg. B.G.B. ergab: »Wer aus wahrscheinlichen Gründen u. s. w.«

Die Meinung war somit wirklich nicht, wie noch die Formulirung der ersten Lesung klang, die Entschuldbarkeit des Irrthums als materielles Erforderniss des redlichen Besitzes aufzustellen, sondern, die Bedenken gegen die Beweisbarkeit des »Wissens« durch den Hinweis auf den Indicienbeweis oder, wie man damals sagte, die »rechtliche Vermuthung« zu beseitigen. Auch ohne die »Materialien« des allg. B.G.B. zu kennen, hat also Unger in der That die legislatorischen Absichten der Codificatoren mit richtigem Blicke zu schätzen gewusst, wenn er die befriedigende Erklärung der Fassung des §. 326 in der »Rücksicht auf die Stellung der Parteien im Process, auf die Beweislast und den Beweis der mala fides« suchte [3]).

---

[1]) Vgl. dazu Pfaff-Hofmann im Rechtslex. S. 400.

[2]) Vgl. auch Zeiller, Comm. II. S. 63 f.

[3]) A. a. O. S. 88.

Das Gültbuch von Nieder- und Oberösterreich

und

seine Function in der ständischen Verfassung.

Von

Professor Dr. **Sigmund Adler.**

Das Landesgültbuch der beiden Oesterreichischen Erzherzogthümer gewinnt bei näherer Betrachtung besonderes Interesse durch eine Doppelrolle, zu welcher es geschichtlich bestimmt war. Dieses bücherliche Institut diente nämlich nicht bloss durch Jahrhunderte zur Grundlage des landständischen Steuerwesens, sondern es übernahm in einer Entwicklung, die sich quellenmässig verfolgen lässt, auch verfassungsrechtliche Functionen allgemeiner Natur. Insbesondere in Niederösterreich fungirte diese Buchhaltung seit dem Ausgange des 16. Jahrhunderts als Controlorgan des jeweilig herrschenden Rechtes auf Landstandschaft und darf als das bücherliche Correlat dieses Rechtes bezeichnet werden.

Eben diese verfassungsrechtliche Function des Gültbuches gilt uns hier als das Hauptproblem. Es wird untersucht werden, wieso es kam, dass das Buch eine solche Wirksamkeit übernehmen konnte, und worin dieselbe im Einzelnen bestand. Die steuertechnische Aufgabe des Instituts wird nur insoweit berührt werden, als dies der Zusammenhang nothwendig erfordert.

Trotz dieser Selbstbeschränkung, welche die Abhandlung sich auferlegte, wird aber der Leser darauf verzichten müssen, an diesem Orte eine nähere Schilderung jener verfassungsrechtlichen Entwicklung zu finden, zu deren Begleiter und Wächter sich das Gültbuch ausbildete. Einsicht in dieselbe ist zwar unerlässliche Voraussetzung für das Verständniss, aber

überall musste daran festgehalten werden, dass diese Einsicht hier nur Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck ist.

Innerhalb dieses Rahmens wird die Abhandlung zunächst die Entstehungszeit eines Landesgültbuches im technischen Sinne des Wortes festzustellen suchen, dann zu zeigen haben, wie und in welchem Masse sich in jedem der beiden Länder mit der ursprünglich steuertechnischen Aufgabe dieses Instituts Functionen verfassungsrechtlicher Natur verknüpften. Auf dieser geschichtlichen Grundlage wird schliesslich die rechtliche Natur und die innere Einrichtung des Gültbuches mit Rücksicht auf jene Epoche erörtert werden, in welcher es zur vollen Ausbildung gelangt war. Da das Oberösterreichische Gültbuch einem Brande zum Opfer fiel, seine innere Einrichtung also nicht unmittelbar erkennbar ist, so mussten diese Schlussausführungen sich in der Hauptsache auf das Niederösterreichische Gültbuch beschränken [1]).

I. Die Entstehung der Landesgültbücher.

Das Gültbuch der Stände diente Anfangs ausschliesslich Steuerzwecken. Seine Entstehung hängt somit untrennbar mit der Geschichte der Steuerverfassung [2]) zusammen. Diese nun lehrt uns, dass seit dem 13. Jahrhundert die ausserordentliche Besteuerung, sofern sie den Herren- und Ritterstand ergriff, an die Zustimmung Beider gebunden war; dass ferner die in solcher Weise bewilligten Steuern auch von den Ständen um-

---

[1]) Die Untersuchung stützt sich hauptsächlich auf archivalisches Material, welches im niederösterreichischen und oberösterreichischen Landesarchive gesammelt wurde. Der Verfasser fühlt sich deshalb verpflichtet, den Vorständen beider Achive, den Herren Dr. A. Mayer in Wien und Dr. F. Krackowitzer in Linz, für ihr gütiges Entgegenkommen schon an diesem Orte seinen Dank auszusprechen.

[2]) A. v. Luschin, Oesterreichische Reichsgeschichte, 1896, S. 207 ff., 278 ff., 463 ff.; E. Werunsky, Oesterr. Reichs- und Rechtsgeschichte, 2. Heft, 1896, S. 132 ff.

gelegt und eingehoben wurden. Die Umlage geschah auf Grund von schriftlichen Selbstbekenntnissen, für welche im 15. Jahrhundert der Ausdruck »Register« oder »Einlage« üblich ist.

Die Einlagen über die grundherrlichen Einkünfte oder »Gülten« mussten zunächst wiederholt erneuert werden. Man war im 15. Jahrhundert von der Anlegung eines bleibenden Gültenkatasters um so weiter entfernt, als die Stände keineswegs geneigt waren, ihre ausserordentliche Bewilligung als dauernde Institution anzuerkennen [1]). Anders wird dies unter Maximilian I., als die persönliche Dienstpflicht des Adels durch die Verwendung geworbener Truppen immer mehr verdrängt wurde, und an Stelle des Lehensaufgebotes immer öfter die Bewilligung einer entsprechenden Soldsumme trat. Die Steuerfreiheit des Adels verlor damit ihre innere Berechtigung, und wenn sie auch principiell noch durch Jahrhunderte fortbestand und bei jeder Bewilligung durch die Ausstellung eines Schadlosbriefes feierlichen Ausdruck fand, so war doch die Nothwendigkeit solcher periodischen Geldbewilligungen unzweifelhaft geworden und durch eine jährliche Erfahrung erhärtet. Man verzichtete deshalb auf die wiederholte Erneuerung der Gültenbekenntnisse, bewahrte diese »Einlagen« auf und begnügte sich mit deren periodischer Revision. Die Grundsätze, nach welchen die Einlagen verfasst werden sollen, bilden einen Gegenstand der Verhandlung im Landtage und schon unter Maximilian I. tritt das Bestreben hervor, bei Auschusstagen zu gemeinsamen Principien für ganze Ländergruppen zu gelangen.

Wichtig scheinen hier die Beschlüsse des Ausschusstages der fünf »Niederösterreichischen Länder« zu Wiener-Neustadt im

[1]) Aehnlich in anderen deutschen Territorien, mitunter sogar die Bestimmung, dass die Steuerzettel nach der Erhebung vernichtet werden sollen. Vgl. G. v. Below, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, II. Suppl.Bd. 1897, S. 465.



Jahre 1502 gewesen zu sein [1]), denn noch im Jahre 1506 bitten die Stände von Oesterreich unter der Enns, Maximilian möge, eingedenk der Bewilligung aller Landschaften auf dem »grossen Landtage zu Neustadt« und des jüngsten Abschiedes zu Wien, keine neuen Forderungen stellen; er möge vielmehr, da die landschaftlichen Zusagen zu Neustadt und Wien »auf dem einlegen von eines jeden rennt und gült am meisten ruhen, dasselbe aber durch etliche christliche und weltliche personen bisher verzogen wird, ernstlich darob sein und mit arrestirung der güter und gülten der ungehorsamen sie dazu bringen, dadurch sie ihre register einlegen und das zusagen der landschaft vollstreckt werde« [2]).

In den Jahren 1508 und 1509 müssen diese Gülteneinlagen zum mindesten revidirt worden sein. Darauf weist schon der Umstand hin, dass auf dem Innsbrucker Ausschusstage

---

[1]) Ueber denselben v. Krones, in den Beitr. z. Kunde steiermärk. Gesch. 6. Jahrg., n. 38; ferner die Instruction an die landesfürstl. Commissäre vom 21. Aug. 1502, im k. u. k. Haus-, Hof- und Staatsarchiv in Wien (in der Folge citirt: »Wr. Staats-Arch.«).

[2]) Conc. im Archiv des k. k. Minist. d. Innern, 7. Mai 1506. — Dass in der That auf Grund der Beschlüsse des Jahres 1502 eine umfassende Einschätzung grundherrlicher Gülten stattfand, beweist der nähere Inhalt einer Beschwerde der »Aebtissin des Erlaklosters« an den Landtag ob der Enns wegen der Steuerbemessung (Acten des oberösterr. Landesarchivs B, II, 1504, St. Florianstag). Die Aebtissin erzählt, sie habe ihres Gotteshauses Gült treulich eingelegt mitsammt den Zehnten, alles was sie in Oberösterreich besitze; dieser Zehnt sei aber von den Verordneten mit Unrecht in den Anschlag einbezogen worden, »denn die zehnten leiden keine steuer«. Vgl. ferner ein Mandat des Kaisers, welches noch im Jahre 1508 an Alle erging, welche »gült, rent, zins, bergrecht, zehent und andere nutzung im fürstenthum Oesterreich unter d. Enns haben« und noch säumig wären, gemäss dem Beschlusse von Wr. Neustadt ihre Register einzulegen und bei Strafe Nichts von den Gülten zu verschweigen (niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 241, Freitag nach St. Julianentag 1508), und schliesslich in den Acten des oberösterr. Landesarchivs (B, II, 1507) die Instruction Maximilian's an die ldfstl. Commissäre, sie sollen der Landschaft ob d. Enns anzeigen, dass der König die gewünschte Mahnung an alle Jene gerichtet habe, »so gülten im land haben und dieselben laut aufgerichteter ordnung nicht eingelegt haben«.

von 1518 verlangt wird, die seit 10 Jahren, also seit 1508 geschehenen Besitzveränderungen festzustellen und zu verzeichnen [1]). Nachrichten, welche uns über die Beschlüsse der Ausschusstage zu Mürzzuschlag 1508 [2]), zu Salzburg 1508 und 1509 [3]) und zu Bruck a. d. Mur 1509 überkommen sind, unterstützen diese Annahme [4]).

Aber auch der letzte Schritt zum Gültbuch geschieht noch in der Maximilianischen Epoche. Man beginnt nämlich die Einlagen nach entsprechenden Rubriken zu verbuchen, um einen Ueberblick über die Gesammteinkünfte eines jeden Standes zu gewinnen. Eine solche auf den Gülteneinlagen beruhende, nach Ständen geordnete Verbuchung der capitalisirten grundherrlichen Einkünfte eines jeden, der ständischen Steuerbewilligung unterworfenen Steuersubjectes hiess »Gültbuch«.

In den Quellen, die uns zur Verfügung standen, taucht der Ausdruck »Gültbuch« zuerst für Oesterreich unter der Enns, und zwar im Jahre 1513 auf. Die bisher nicht verwerthete Nachricht [5]) ist um so wichtiger, als ihr Wortlaut darauf schliessen lässt, dass damals in diesem Lande ein Gültbuch bereits vorhanden gewesen sein muss. Im Juli des genannten Jahres berichten nämlich die ständischen Verordneten von

---

[1]) Zeibig, im Arch. f. österr. Gesch. XIII. Bd., S. 311.

[2]) Ueber diesen Ausschusslandtag v. Krones a. O. II. Jahrg. n. 159; ferner niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 27 V. Fol. 44 ff.

[3]) Zeibig, a. O. S. 321 ff. (Landtag zu Wien 1509): »Und dann in solhen anslag ein jeder, er sey geistlich oder weltlich, der in dem bestimbten unserm furstentumb osterreich gült, zyns und güter hat, neben uns und derselben unser lanndschafft gleiche pürd tragen, sullen die jetztgenannt unser lanndschafft darin mass und weg furnemen, wie die, so noch ire urbar und register nicht eingelegt, zu solchem einlegen pracht und dagegen gehandelt werden soll, damit hierinnen kainer übersehen werd, und was also furgenomen wirdet, welln wir sy vestigclich hannthaben.«

[4]) Ueber diese Ausschusstage vgl. v. Krones a. O. und S. Adler, Organisation der Centralverwaltung unter Maximilian I., 1886, S. 271 u. 274.

[5]) Notizblatt der Wr. Acad. 5. Jahrg. S. 298, Wien 15. Juli 1513: Mittheilung des Beschlusses des Wiener Landtags vom 6. Juli 1513 an den Propst von Klosterneuburg.

Oesterreich unter der Enns dem Propste von Klosterneuburg über die Beschlüsse des eben geschlossenen Wiener Landtages Folgendes: »Mer ist im ytzt gehalten lanndtag abermals veraintlich furgenomen und beschlossen, das hinfuran: wan sich gueter oder gult im land durch kauff, wechsel, pfandtschaft, uebergab, erbschafft oder in ander wege verandern: die, so solher guter absteen mitsambt denihenen, so die widerumben ainnemen, zu den verordneten oder dem gultpuech khomen und solcher andrung alda anainander bekennen, oder ir yeder dem anndern lauter, warhafft und gnugsam kundtschafft under seinem insigel verfertigt geben sol, in welher der kauffer bekenne, das er solh gullt oder gueter angenomen und der verkauffer abgetretten habe, damit man die alsdann dem verkauffer ausstun und dem kauffer zuschreiben, auch die anschlege kunfftigklich dest richtiger darauf machen, und die abgang und mindrung, so ainer landtschafft taglich daraus erwachsen, furkhomen muge.«

Aus diesem Landtagsbeschlusse ergibt sich mit Sicherheit, dass schon im Jahre 1513 eine Einrichtung, vielleicht nicht völlig ausgebildet, wohl aber im Werden war, welche alle wesentlichen Merkmale des späteren Gültbuches an sich trug. Auf Grund der Gülteneinlagen muss schon damals eine planmässige Verbuchung stattgefunden haben, sonst würde der Gebrauch des Ausdruckes »Gültbuch« nicht erklärlich sein. Diese Verbuchung konnte aber nur ein Zustandsbild über die Vertheilung des grundherrlichen Besitzes unter die Stände und deren Mitglieder geben. Sollte sie als dauernde Grundlage für die Steuerbemessung dienen, so mussten auch die Veränderungen in diesem Besitzstande in verlässlicher Weise vermerkt werden. Daher wird die Anzeigepflicht für jede Besitzveränderung normirt, so dass nunmehr auf Grund jeder Anzeige die entsprechende Ab- und Zuschreibung erfolgen konnte. Alle jene Principien, welche im Laufe des 16. und 17. Jahrhunderts durch umständliche Bestimmungen und einen

ausgebildeten Beamtenapparat zur Durchführung kamen, finden wir schon hier mit voller Deutlichkeit ausgesprochen [1]).

Inwieweit freilich die Beschlüsse der Landtage von 1513 und 1515 zur Ausführung kamen, somit eine Continuität zwischen dem Gültbuche jener Zeit und demjenigen der Epoche Ferdinands I. bestand, entzieht sich nach den von uns benutzten Quellen einer sicheren Beurtheilung. Für die Jahre von 1515 bis 1517 fehlt es an Zeugnissen über die Fortführung des Buches, und die Nachrichten, welche uns aus dem Jahre 1518 und 1519 zu Gebote stehen, lassen daran zweifeln, dass das Institut feste Wurzeln gefasst hat [2]). Es ist nach dem Vorangeschickten sicher, dass die Anfänge des Gültbuches, zum mindesten in Oesterreich unter der Enns, bis in die

---

[1]) Zwei Jahre später, am 17. Septbr. 1515, berichten die Verordneten des Landes unter d. Enns dem Propste von einem Landtagsbeschlusse, de dato 11. Juli 1515, wonach im Falle einer Besitzänderung Veräusserer und Erwerber persönlich »zu dem einnemer und zu dem gulltpuch komen und solicher abtrettung und annemens alda an ainander bekennen, oder dem einnemer anstat gemainer lanndtschafft dasselb unnder iren' innsigeln oder petschafften lauter antzaigen, zuschreiben und verkhunden sollen, damit man solh enndrung destrichtiger einschreiben und die anschläg hinfuran darauf machen müge. Dann on das wirdet man auch furan, wellicher gestallt sich die enndrung begeben, niemand nichts mer abthun oder ausschreiben.« Vgl. Notizbl. ibidem S. 299.

[2]) Ueber die Modalitäten, nach welchen die vom Innsbrucker Ausschusslandtage aller österr. Länder im Jahre 1518 geschehene Bewilligung umgelegt werden sollte, vgl. Zeibig a. O. S. 221 ff., 256, 262 ff., 305 ff., 311 ff. Alle diese Nachrichten scheinen zu beweisen, dass zu jener Zeit ein ordentlich geführtes Gültbuch nicht bestand, auch nicht in Oesterreich unter d. Enns. Andernfalls hätte damals der Prälatenstand des Landes unter d. Enns nicht die sehr berechtigte Forderung stellen können, dass die seit 10 Jahren geschehenen Besitzveränderungen festgestellt werden, da viele geistliche Güter theils in weltliche Hände, theils in das kaiserliche Urbar gekommen seien (ibidem S. 311, vgl. auch S. 305). Die Entscheidung des Kaisers de dato Innsbruck 14. Mai 1518 (Acten des oberösterr. Landesarch. B, I und niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 137 Fol. 133), gerichtet an die oberösterreichische Landschaft, aber auch für die übrigen Länder berechnet, schliesst sich nahezu wörtlich den bei Zeibig S. 311 mitgetheilten Anträgen des Prälatenstandes an. Hätte damals ein geordnetes Gültbuch bestanden, so wären jene Klagen der Stände und deren Erledigung durch den Kaiser nicht verständlich.

Maximilianische Zeit zurückreichen, zugleich aber im hohen Masse wahrscheinlich, dass es damals in keinem der österreichischen Länder[1]) zu einem Gültbuche, als dauernder Institution, gekommen ist.

II. Die Geschichte des Gültbuches und der Landschafts-Matrikel in Oberösterreich.

Eine vergleichende Betrachtung der Geschichte des Nieder- und Oberösterreichischen Gültbuches ergibt den Unterschied, dass das Oberösterreichische Gültbuch in der Hauptsache den ursprünglichen Character eines Steuerkatasters unvermischt beibehielt, während das Niederösterreichische Buch zu dieser ursprünglichen Function noch eine zweite, verfassungsrechtliche übernahm. Diese Thatsache einer einfacheren Entwick-

---

[1]) A. v. Luschin, Oesterr. Reichsgesch. S. 279, nimmt an, dass Steiermark und Kärnten im Jahre 1495 bei der Ablösung des Judenregals in den Besitz eines Verzeichnisses der im Lande befindlichen Herrengülten gekommen seien und dass die übrigen Landschaften ungefähr um dieselbe Zeit »ähnliche Steuerkataster« anlegten. — So werthvoll diese Mittheilung über das Einlagewerk in Steiermark und Kärnten ist, so bleibt noch die Frage offen, ob diese Einlagen von 1495 einen dauernden Bestand hatten. Angenommen selbst, dass dies der Fall war, so war damit noch immer nicht das Gültbuch entstanden, sondern nur vorbereitet. — Speciell von Kärnten ist uns überliefert, dass hier im Jahre 1518 in Ausführung des Innsbrucker Abschiedes eine völlig neue Gülteneinlage geschah. Es heisst in einem Berichte, de dato St. Veit, am Samstag nach Lampert 1518, »dass von einer landschaft von Kärnten ernstliche gebote ausgangen sind, dass ein jeder bei seiner treu von eidesstatt alle seine gülten, die er im lande hat, ansagen soll. Darüber wenige ausgeblieben, sondern ein gelübde und ansage gethan, darin auch alle zehnten und andere einkommen begriffen, und 1 pfund truckhen gült im herren anschlag für 1 pfund pfennig gerechnet; auch die frücht und kleinen recht im herrn anschlag nach dem gebrauch und wie von alter herkomen ist, gemacht und auf die, so nicht angesagt, deren doch nit viele sein, ein anschlag nach bedunken ihrer gült gethan haben. Dies alles geschah treulich und ungefährlich und trifft die gült im herrn anschlag in summa 36146 pfund 1 pfennig.« Orig. im Krainer Landes-arch., »Landtagshandlungen«.

lung und der weitere Umstand, dass die Anfänge einer Permanenz des Instituts sich für Oberösterreich deutlicher verfolgen lassen, bestimmen uns, die folgende Darstellung mit Oberösterreich zu beginnen.

Nach zahlreichen Zeugnissen fand in diesem Lande die »erste Aufrichtung des Gültbuches« in den Jahren 1525—1527 statt. Ein Gutachten aus dem Jahre 1653 nennt das Gültbuch ein »vortreffliches Kleinod«, geschaffen auf Grund einer Bereitung des Landes in den Jahren 1526 und 1527, welche »viel kostbare Zeit und viel Mühe und Geld gekostet hat«[1]. — Freiherr von Hoheneck in seinem handschriftlich in Linz aufbewahrten »Project einer Matrikelverfassung« aus dem Jahre 1727[2] spricht wiederholt von der Gültenbereitung des Jahres 1525 und der damals geschehenen ersten Einrichtung des Gültbuches, und eine im 17. Jahrhundert verfasste »Information« sagt Folgendes: »Die landsteuer nimmt ihr fundament her von der einlag oder matricula der gülten. Solcher einlagen sind zwei vorhanden; die erste ist kraft der fünf niederösterreichischen erbländer vereinigung gemacht worden 1526, die andere 1542. Obwohl jetzt nur die letztere observirt, und die erstere wieder aufgehoben wurde, so ist erstere noch so weit nutz, dass man daraus eines, oder des anderen gülten specificirt sehen kann«[3].

In der That hat in Oberösterreich im Jahr 1526 jene allgemeine Aufnahme des grundherrlichen Besitzstandes stattgefunden, deren Frucht das Gültbuch in seiner vollen Ausbildung war. Diese Aufnahme geschah, wie wir erfahren, in Folge eines Beschlusses der fünf sog. »Niederösterreichischen Länder« auf dem »Generallandtage« zu Augsburg; wahrschein-

[1]) Acten des oberösterr. Landesarch. K, I, 3, Gutachten der zur Einlagshandlung deputirten Ausschüsse, 1653, Linz, 19. April.

[2]) Ibidem, M, I, 52, »Project einer Matrikelverfassung des Freiherrn von Hoheneck«, 1727.

[3]) Ibidem, A, VI, 2, sine dato, aber jedenfalls nach 1628 verfasst.

lich also in allen fünf Ländern nach gleichmässigen Grundsätzen [1]).

Das Oberösterreichische Landesarchiv gibt uns hier sehr wichtige Aufschlüsse [2]). Der Landtag zu Linz von 1527 hatte aus seiner Mitte sechzehn Mitglieder, von jedem Stande vier Personen, erwählt »zur bereitung aller und jeder rent, gült, güter, zehent und in summa, was die einlage vermüge, nichts ausgeschlossen«. Er hatte denselben eine ausführliche Instruction, datirt von Linz, 21. Mai 1527 gegeben, deren ausführliche Würdigung nicht hier, sondern in einer Geschichte des Steuerwesens Platz finden müsste. Wir reproduciren nur jene Bestimmungen, welche die Verfassung des Gültbuches direct oder indirect betreffen.

In jedes der vier Viertel des Landes wird von den vier Ausschüssen eines jeden der vier Stände je ein Ausschuss zur Aufnahme der Gülten entsendet. In jedem Viertel fungirt somit eine Vierercommission, in welcher alle vier Stände vertreten sind. Ihr wird ein eidlich verpflichteter Schreiber beigegeben. Diese Commission hat zunächst allen Pfarrern des Viertels aufzutragen, ein Verzeichniss ihrer Pfarrkinder vorzubereiten. Die Commission selbst hat vor der Bereitung ein »Buch mit leerem Papier« anzulegen, in welcher »ein jeder

---

[1]) Vgl. über diesen »Generallandtag« Michael Mayr, in der Zeitschrift des Ferdinandeums 38. Bd. und Bucholtz, Gesch. der Regierung Ferdinand's I., VIII. Bd., 290 ff. — Für Steiermark — und wohl auch für die übrigen innerösterr. Länder — wurde in Ausführung der Beschlüsse des innerösterr. Ausschusstages vom Januar 1578 zu Bruck a. d. Mur an Stelle des bereits eingeführten Gültbuches auf Grund einer neuen allgemeinen Einlage »mit starker Contestation« die Anlegung eines neuen Landgültbuches angeordnet. Die eingehenden, von den Verordneten der steiermärkischen Landschaft gegebenen Durchführungsbestimmungen de dato Grätz, 12. März 1578 finden sich in einem von der k. k. Wiener Univ.-Bibl. aufbewahrten Drucke (Jus. c. Austr. II. 29). Nach J. v. Hueber (Arch. des histor. Vereins für Kärnten, VIII. Bd., 1857, S. 23) wurde das Landesgültbuch in Kärnten erst im Jahre 1623 (?) eingeführt.

[2]) Acten des oberösterr. Landesarch. K, I, 7.



prälat, herr, ritterschaft, adel und die von städten, auch die zechen, bruderschaften, benefiziaten und spitäler« einzutragen und für Jeden »nach erachtung seines vermögens« viel oder wenig Papier freigelassen werden soll. Jeder der vier Stände ist separat zu behandeln, »damit desto fürderlicher gehandelt und richtiger die erkundigung, ob sich solches gegen die einlag vergleich, oder nit, erkundet mag werden«. — Gemeint ist damit, dass diese neue Aufnahme mit den bereits vorhandenen »Einlagen« älterer Zeit zu vergleichen war.

Die Pfarrer sollen den Landtagsbeschluss vorlesen, hinzufügen, dass er einhellig gefasst wurde, um die vom türkischen Erbfeinde drohende Gefahr abzuwenden, und dass jede Nichtachtung mit Strafe bedroht sei. Schliesslich sollen sie den Termin bestimmen, an welchem die Grundunterthanen vor der Commission zu erscheinen haben. Diese schreibt dann in das bereits erwähnte Buch zum Namen eines Jeden die Unterthanen »bauern, und was ein jeder bei gross und klein, nichts ausgeschlossen, dient oder zehntet«. Die Erschienenen werden befragt, ob sie nicht Personen kennen, die ausgeblieben sind. Das so gewonnene Verzeichniss ist mit den Aufzeichnungen des Pfarrers und mit der alten Einlage zu vergleichen. Verschwiegene Gülten werden von der Landschaft strafweise eingezogen, überdies die säumigen Unterthanen oder Grundobrigkeiten mit Strafe bedroht. — Ausgenommen von der Aufnahme sind die Einnahmen des Landesfürsten aus Giebigkeiten der Unterthanen, »allein, was sie (diese landesfürstlichen Grundunterthanen) andern herren und landleuten verzehnten und dienen, darum sollen sie, wie andere, gefragt werden«.

Nach Rückkehr der reisenden Steuercommission treten »die Verordneten von der Einlage« wieder zusammen, empfangen von denen, welche die »Bereitung« gethan, die »Handlungen und Register«, prüfen und ordnen dieselben und verwahren sie schliesslich im Landhause in einer Truhe. Der Landschreiber aber ist von der Landschaft beauftragt, »dass

er ein buch halten soll, und wann ein landmann ferner einigerlei stück oder gült an seinem oder andern statt verkauft, soll er solches allweg dem genannten landschreiber anzeigen, der alsdann solche stück oder gült, auch den käufer und verkäufer fleissig aufschreiben soll. — Damit aber solches in guter ordnung gehalten und ein jeder auf seine gült gesteuert, also eine gleiche burde getragen und niemand beschwert werde, sind 4—5 mitglieder der landschaft vorgenommen, dass sie im jahr einmal oder zweimal gen Linz zusammenkommen und die veränderung der gülten und güter, wie es dem landschreiber durch die verkäufer und käufer angezeigt worden ist, in das gültbuch treulich einschreiben«.

Ergebniss dieser Darstellung sehr wichtiger Vorgänge ist, dass im Jahre 1527 nach Beschluss des Landtags die Dominicaleinkünfte der vier Stände, und zwar nur diese, neu aufgenommen wurden. Das Buch war nach den Ständen abgetheilt und in der entsprechenden Abtheilung erhielt jedes Mitglied der Stände sein besonderes Blatt. Das so entstandene »Gültbuch« wurde von ständischen Delegirten, den »Verordneten der Einlage« mit den alten Einlagen verglichen und rectificirt. Damit war der momentane Besitzstand schriftlich fixirt. Schon in den Zeiten Maximilians I. war man aber zur Erkenntniss gekommen, dass auch die Besitzveränderungen eingetragen werden müssen. Deshalb wird die Anzeigepflicht für jede Besitzveränderung vorgeschrieben. Der Landschreiber führt diese Anzeigen in einem besonderen Buche evident und eine besondere Commission von Mitgliedern der Landschaft trägt dann diese Besitzveränderungen alljährlich in das Gültbuch ein. Das Gültbuch und seine Eintragungen stehen somit unter der sorgfältigsten Controle der Landschaft[1]).

[1]) Sehr deutlich im folgenden Einzelfalle: »Die anwesenden herren und landleute befehlen hiermit den verordneten, dass sie das gültbuch vor sich nehmen und einem jeden, was er für unterschiedliche gülten in der einlage hat, in eine summa zusammenziehen, damit hiernach die anlage auf die gült-



Die weiteren Schicksale des Buches und die Aenderungen, welche im Jahre 1542 eintraten, gehören zum Theile der speciellen Steuergeschichte an [1]) und werden zum anderen Theile bei Betrachtung der niederösterreichischen Entwicklung erörtert werden.

Das Gültbuch sollte ursprünglich nur den Zwecken der Besteuerung dienen. Da es aber eine amtliche Aufzeichnung des grundherrlichen Einkommens und seiner Vertheilung enthielt und jeden Besitzwechsel vermerkt, so war es natürlich, dass man auf dieses Buch auch in anderen Fragen griff, wo es sich darum handelte, ob und in welchem Masse eine bestimmte Person in dieser Weise begütert war. Dominicalbesitz war eine der Voraussetzungen für die adelige Landstandschaft. Das Gültbuch verzeichnete in Rubriken, welche der Gliederung der Stände entsprachen, die Vertheilung dieses Besitzes unter die vier Stände. Die ordnungsmässige Eintragung einer Person in die Rubrik des Herren- oder Ritterstandes vermochte also unter Umständen den Dienst einer Matrikel zu ersetzen. Dies geschah aber in Oberösterreich, wo sich eine Matrikel des landständischen Adels relativ frühe ausbildet, in weit geringerem Masse als in Niederösterreich. Immerhin hängt auch in Oberösterreich die Entstehung einer landschaftlichen Matrikel mit dem Institute des Gültbuches untrennbar zusammen und die Wechselbeziehungen zwischen beiden Rechtsinstituten dauern so lange, wie die ständische Verfassung selbst.

Eine Matrikel im strengen Sinne des Worts, d. h. ein authentisches Verzeichniss der Mitglieder der Landschaft wird

pferde und in ander weg darauf gerichtet und angeschlagen werde« (ibidem, K, I, 50, Linz, 1. Aug. 1594).

[1]) Erwähnt sei Folgendes: Im Jahre 1531 wünschte K. Ferdinand Auskunft über die Gesammtgült der fünf niederösterr. Länder. Sie wurde ihm aber von den Ständen verweigert, weil das Vermögen durch die Türkenkriege schwer gelitten »und es nicht für not und gut angesehen wurde, dass ein jeder desselben erinnerung habe« (ibidem B, II, 25).

hier zuerst im Jahre 1585 versucht. Die aus früherer Zeit vorhandenen Verzeichnisse können kaum als Ansätze zu einer Matrikel gelten [1]). Aus dieser früheren Zeit ist uns namentlich ein Verzeichniss von Landleuten der drei Stände erhalten, welches am 17. April 1566 an Erzherzog Karl geschickt wurde [2]). Maximilian II. hatte damals von Augsburg an Herrenstand und Ritterschaft ob der Enns in Anbetracht der Türkengefahr die Aufforderung gerichtet, im Falle, dass er persönlich ins Feld ziehe, sich gleichfalls in eigener Person für den Feldzug bereit zu halten. In Folge dessen verlangt Erzherzog Karl, dass ihm »aller angesessenen landleute dieses landes tauf- und zunamen, sie seien geistliche oder weltliche, auch von adel und bürgerstand, so landgüter und gülten in diesem lande haben, davon sie mit gemeiner landschaft mitleiden tragen, verzeichnet« zugeschickt werden [3]). So entstand das Verzeichniss von 1566, welches uns überkommen ist. Aufgenommen wurden darin auf Grund des Gültbuches nicht bloss die Mitglieder der Landschaft, sondern überhaupt alle Personen, welche Dominicalbesitz im Lande hatten [4]). Es ist somit

---

[1]) Mit Recht wendet sich ein im oberösterr. Landesarchiv aufbewahrter Bericht des Registrators Weisshäupl gegen den Frh. von Hoheneck (»die Herren Stände des Erzherzogtum Oesterreich ob d. Enns«), der von mehreren Geschlechtern behauptet, dieselben seien 1525 und 1526 bei der vorgenommenen Gültenbereitung und »Anlage der Matrikel« als Landleute erkannt worden.

[2]) Vgl. den eben citirten Bericht und in den Acten des oberösterr. Landesarch. M, I, 64 das Verzeichniss.

[3]) Acten des oberösterr. Landesarch. A, VI, 4.

[4]) In Folge dessen enthält das Verzeichniss 271 Namen, also ungleich mehr als das unmittelbar folgende von 1585, welches sich auf die Personen mit Landstandschaft beschränken will; u. z. 30 vom Prälatenstand, 34 vom Herrenstand, 207 vom Ritterstand, getheilt nach den Vierteln des Landes. Im Ritterstande insbesondere finden sich um 82 Personen mehr, als nach dem Verzeichnisse von 1585; darunter Eintragungen wie »Auer zu Wels«, »Markt Kirchdorf«, »Margarethenkirche zu Thalheim« u. s. w. Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich eben daraus, dass für die Abfassung nicht die Zugehörigkeit zur Landschaft, sondern der Gültenbesitz in seiner momentanen Vertheilung

deutlich, dass dieses Verzeichniss mit den Aufgaben einer Landschaftsmatrikel wenig zu schaffen hatte. Eine Vergleichung dieses Verzeichnisses mit den späteren von 1585 und 1596 zeigt uns nur, wie gross schon im Jahr 1566 die Anzahl jener Personen war, denen es trotz allen Widerstandes der Landschaft gelungen war, Gültenbesitz zu erwerben, ohne der Landschaft anzugehören.

Dem ersten Versuche der oberösterreichischen Landschaft, zu einer Matrikel zu gelangen, war ein ähnlicher Schritt in Steiermark vorangegangen. Hier hatte der Landtag, um das weitere Eindringen von Neugeadelten zu hindern, schon im Jahre 1563 den Beschluss gefasst, die Zugehörigkeit zur Landschaft von der Eintragung in eine Matrikel abhängig zu machen [1]). Ganz ähnliche Motive waren im Jahre 1585 in Oberösterreich massgebend [2]). Die Matrikel aber, welche hier mit Hilfe des Gültbuches angelegt wurde, war unvollständig. Sie hatte den actenmässig nachweisbaren Zweck, jüngere Adelsgeschlechter, die bereits im Besitze der Landstandschaft waren, aus der Landschaft zu entfernen. In Folge zahlreicher Reclamationen gegen diese Matrikel sah sich auch der Landeshauptmann zur Erklärung gezwungen, dass er die ihm überreichte Liste nicht für massgebend ansehen könne. Er forderte

---

unter Adel und Nichtadel massgebend war. »Darunter« — wie die Verordneten sagen — »der mehrere theil gar schlechte und wenige gülten oder einkommen hat, nemlich zu etlichen schillingen und pfunden. Dazu sein viele für ihre person gar nicht eigenthümlich behaust und angesessen.«

[1]) Vgl. v. Luschin, Oesterr. Reichsgesch. S. 496 und Derselbe, in den Mittheil. des histor. Vereins f. Steiermark XXIII. Heft; ferner v. Beck-Widmanstetter, ibidem XIX. Heft.

[2]) Vgl. den oben genannten Bericht des Registrators Weisshäupl; ferner F. H. Stauber, Historische Ephemeriden über die Wirksamkeit der Stände von Oesterreich ob d. Enns, Linz, 1884, S. 173. Die Liste selbst, im oberösterr. Landesarch. Annalen P. 19 n. 267, enthält 21 Personen des Herrenstandes, 50 des Ritterstandes, nach den vier Vierteln des Landes geordnet, mit ausschliesslicher Angabe des Geschlechtsnamens, nicht also des Taufnamens und des Besitzes.

deshalb zur Anfertigung einer neuen Matrikel auf, in welche alle diejenigen Adeligen aufzunehmen seien, welche bisher im Besitze der landschaftlichen Rechte gewesen, angesessen waren und sich dem Ritterstand gemäss verhalten hatten. Nichts aber lässt für damals auf die sofortige Verfassung einer neuen Matrikel schliessen. Die Angelegenheit ruhte vorerst; die alten Geschlechter suchten auf anderem Wege ihr Ziel zu erreichen.

Im Jahre 1593 regelte das Privilegium Rudolfinum die Rangordnung der alten und neuen Geschlechter für den Herrenstand; im Jahre 1596 stellte eine vom Landtage beschlossene Ordnung die Erfordernisse fest, welche in Zukunft für jeden Bewerber um die Landstandschaft gelten sollten. In dieser Ordnung heisst es zum Schlusse, dass der Secretär verpflichtet sei, eine »ordentliche Matrikel« zu führen. Damit im Zusammenhange steht wohl die im Landesarchiv vorhandene, demselben Jahre 1596 entstammende Liste, die man als die älteste rechtlich anerkannte Matrikel bezeichnen darf[1]). Seit dieser Zeit mehren sich die Aufzeichnungen über die zur Landstandschaft berechtigten Personen, wenn auch jeweilig der Amtscharacter des Verzeichnisses einem Zweifel unterliegen mag.

Die späteren Ordnungen für die Aufnahme in den Herren- und Ritterstand aus den Jahren 1640 und 1644 geben nähere Vorschriften über die Anlage der Matrikel, und die noch vorhandene Matrikel de dato Linz, 29. November 1644 ist offenbar als die Frucht dieser Bemühungen anzusehen[2]).

---

[1]) Eine Abschrift derselben ibidem, Annalen P. 19. n. 282. Das Verzeichniss enthält 43 Namen aus dem Herrenstand, 114 aus dem Ritterstand, oft mit Hinzufügung ihres Besitzes. Man sieht, um wie viel reichhaltiger dasselbe ist, als das Verzeichniss von 1585, welches durch einen Handstreich die Neugeadelten zu excludiren dachte. Zu vergleichen ist auch ibidem A, VI, 14 »Liste der personen, die sich von 1596 im ritterstand befunden«.

[2]) Der im Jahre 1640 mit der Vorbereitung einer neuen Ordnung betraute Ausschuss wünscht bezüglich der Matrikel die Anordnung, dass »in

Eine Matrikel freilich, welche allen Anforderungen entsprochen hätte, wurde damit nicht erreicht. Beweis dafür ist das »Project einer Matrikelverfassung« des gelehrten Freiherrn von Hoheneck aus dem Jahre 1727, in welchem die Nothwendigkeit einer neuen Matrikel damit begründet wird, dass damals einzelne bairische Adelsfamilien von der oberösterreichischen Landschaft als Mitglieder behandelt wurden, obwohl Hoheneck bestimmt wisse, dass sie darauf keinen Anspruch hätten [1]). Aber dieses Project kam nicht zur Ausführung. Erst um die Mitte unseres Jahrhunderts, im Jahre 1848, wurde nach langen Vorarbeiten und nach Ueberwindung vieler Schwierigkeiten eine Matrikel verfasst, welche den Anforderungen völlig entsprach [2]).

Wenn nun auch die Matrikel in diesem Lande trotz mancher Mängel zu relativ rascher Ausbildung gelangt war, so blieb doch auch hier das Gültbuch nicht völlig auf die Functionen eines Steuerkatasters beschränkt, sondern es bil-

---

principio oder capite libri aller und jeder geschlechter dieses Erzherzogtums Oesterreich ob d. Enns wappen nach dem alphabet ihrer zunamen, jedoch des herrenstandes und ritterstandes jedes besonders gemalt und bei den alten allein die zunamen, bei denen aber, so erst seit 1596 her angenommen oder introducirt worden, neben dem tauf- und zunamen auch die zeit ihrer annahme oder introduction hinzugefügt werde«. — Die Ordnung des Jahres 1644 hat diesen Passus aufgenommen. Weitere Belege im oberösterr. Landesarch., Acten M, I, 64/12 »Verzeichniss der seit 1596 aufgenommenen Landleute«; M, I, 64/14 »Liste der vier Stände 1620«; M, I, 41 »Matricula de dato Linz, 29. Novb. 1644«; M I, 64/17 »Specification der Landleute ob d. Enns 1670« etc. Aber auch das niederösterr. Landesarchiv bewahrt einzelne hierher gehörige, auf das Land ob d. Enns bezügliche Documente.

[1]) Vgl. oben S. 509, Anm. 2 und Stauber a. O. S. 183. Der verdienstvolle Genealoge erzählt, dass die Matrikel schon im verflossenen Jahrhundert Anlass zu Klagen gegeben, weshalb von den Ständen in den Jahren 1680 und 1681 eine erneuerte Abfassung angeordnet wurde, die aber bisher nicht geschehen sei. Hoheneck macht detaillirte Vorschläge und stellt dazu sein eigenes Familienarchiv zur Verfügung.

[2]) Vgl. über diese Matrikel Stauber a. O. S. 188. Es sind im Ganzen neun Bände, von welchen drei den Herrenstand und sechs den Ritterstand betreffen. Sie befinden sich im oberösterr. Landesarchiv.

dete in gewissem Masse eine Ergänzung der Matrikel. Seit in den Aufnahmsordnungen ein bestimmtes Minimum von Gültenbesitz für den Erwerb der Landstandschaft gefordert wurde, diente das Gültbuch dazu, den Nachweis über diesen Besitzstand, eventuell aber im Sinne dieser Ordnungen den Nachweis zu führen, dass an Stelle dieses Besitzes eine entsprechende Steuerleistung vorliege. — Als seit dem Jahre 1629 von jenen die doppelte Gültgebühr gefordert wurde, welche, ohne Mitglieder der Landschaft zu sein, Herrengülten erworben hatten, musste das Gültbuch im Verein mit der Matrikel Verwendung finden, um gegebenen Falls das Vorhandensein dieser Pflicht, eventuell die geschehene, oder die noch ausstehende Zahlung nachzuweisen.

Die Eintragungen in das Gültbuch geschahen unter strenger Controle der Landschaft. Wir haben bereits erwähnt, dass schon im Jahre 1527 darüber ein Landtagsbeschluss gefasst wurde. Trotzdem müssen Einrichtung und Führung des Gültbuches Anlass zu Klagen gegeben haben, denn im Jahre 1652 wurde ein ständischer Ausschuss zur Revision des Gültbuches eingesetzt, der ein Gutachten über die wünschenswerthen Verbesserungen desselben abgeben sollte. Dieses historisch werthvolle Gutachten ist uns zwar erhalten. Ob aber die Revision in der That ins Werk gesetzt wurde, liess sich aus den Acten nicht feststellen [1]).

[1]) Das Gutachten (Acten des oberösterr. Landesarch. K, I, 3, Linz, 19. April 1653, vgl. oben S. 509, Anm. 1) bringt historische Nachrichten über die innere Einrichtung dieses Gültbuches, welche um so wichtiger sind, weil das Gültbuch selbst einem Brande zum Opfer fiel. Das Gutachten erinnert an den Ursprung dieses »vortrefflichen Kleinods« der Landschaft, das in die Jahre 1526 und 1527 zurückreiche. Es sei einer »Oeconomia« zu vergleichen und diene allen auf die Gülten, seit 1593 und 1594 auch den auf die Feuerstätten zu machenden Landesanlagen zur Grundlage; es sei auch Voraussetzung für die Landschaftsexecutionsordnung vom 6. Juni 1613. Um Confusion zu vermeiden, wäre eine neue Ordnung nöthig, denn die Revision habe gezeigt, »1. dass es theils weder unterschriebene, noch gefertigte sachen sind, sondern bloss alte verzeichnisse; 2. theils ohne jahr und tag; 3. theils ohne benennung der pfarreien

Die weiteren Schicksale des Oberösterreichischen Gültbuches werden hier nicht verfolgt. Es genüge der Hinweis, dass dasselbe, gleich dem Niederösterreichischen, in Folge der Theresianischen und Josephinischen Steuerreformen wesentlich umgestaltet und im Jahre 1754 bei der Errichtung der Landtafel benutzt worden ist. Da das Gültbuch dieses Landes innerhalb der ständischen Verfassung nicht die gleiche Rolle spielte, wie das Niederösterreichische, so gerieth es in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in vollständige Abhängigkeit von Hofkanzlei und Landtafel [1]). Im Jahre 1800 wurde

und orte, allwo die güter gelegen; 4. wohl auch nit mit namen benannt, sondern z. B. ‚ein gut darauf Liendl, mehr ein gut darauf Hännsl oder Mertl sitzt'.« — Vorgeschlagen wird: »1. Jede einlage sauber in ein libell mit benennung des tages und jahres zu schreiben und sodann von den obrigkeiten und principalen unterschreiben, fertigen zu lassen; 2. die pfarren, orte, dorfschaften, allwo die güter gelegen, so viel möglich nach dem richtigen alphabet; 3. die güter selbst mit ihrem jetzigen besitzer und namen zu verzeichnen.« Das alte Gültbuch und die successive zu revidirenden neuen Einlagen sollen dann originaliter in ein feuersicheres Gewölbe nächst dem Einnehmeramte aufbewahrt werden, und zwar in drei Kästen. Der eine Kasten für den Prälatenstand, der zweite für den Herren- und Ritterstand, der dritte für das Vicedomamt, den vierten Stand und diejenigen, welche Landgüter besitzen, ohne wirkliche Landleute zu sein. Jeder Kasten soll nach den vier Vierteln des Landes in vier Abtheilungen getheilt sein und jede Abtheilung in Laden. In diesen Laden sollen die Einlagen nach dem Alphabet im Original aufbewahrt werden, die beglaubigten Abschriften dieser Einlagen aber an dem Orte, wo sie bisher gewesen, im Bedarfsfalle zur Verfügung stehen.

[1]) Der im Jahre 1791 verfasste »Amts-Unterricht für beide löbl. ständische Collegien im Erzherzogthum Oesterreich ob d. Enns« schreibt S. 37 ff.: »Da das gültenbuch hierlandes schon vor mehreren jahren nach dem verflossenen termino reclamatorio geschlossen worden, so soll im selben ohne vorwissen des allerh. hofes keine abänderung gemacht, sondern die allenfalls vorkommenden beschwerden nach reifer überlegung mit gutachten im gehörigen weg nach hof einberichtet und hierüber die allerh. entschliessung abgewartet werden. Auch ist keine ab- und zuschreibung der gülten von dem verordneten-collegio eher zu verwilligen, als nicht von der k. k. landtafel-direction erinnert worden, dass dagegen an seite des landtafelamts kein bedenken obwalte. Und gleichwie das gültbuch mit der landtafel wohl übereinstimmen sollte, solches aber in jüngeren zeiten unterblieben sein dürfte, so haben die h. verordneten die einleitung zu treffen, damit einverständlich mit der landtafel-direction dieses gebrechen ehemöglichst verbessert werde.«

es schliesslich mit zahlreichen anderen werthvollen Archivalien zum grossen Theile das Opfer eines Brandes [1]).

III. Die Geschichte des Niederösterreichischen Gültbuches.

Dass die Anfänge des Niederösterreichischen Gültbuches mindestens in das Jahr 1513 zurückreichen, haben wir bereits gezeigt. Schwieriger aber als für Oberösterreich ist für Niederösterreich die Feststellung der Zeit, in welcher das Buch zu einer permanenten Institution wurde. Man findet in Gutachten und geschichtlichen Notizen, welche das Landesarchiv aufbewahrt, wiederholt die Bemerkung, dass in diesem Lande das Gültbuch im Jahre 1542 seinen Anfang genommen habe. Die Behauptung ist aber nicht bloss deshalb anfechtbar, weil dabei von den nachweisbaren Anfängen unter Maximilian I. keine Sprache ist, sondern auch deshalb, weil aller Wahrscheinlichkeit nach in Niederösterreich die Permanenz der Einrichtung gleichfalls auf die Beschlüsse des Generallandtags zu Augsburg vom Jahre 1525 zurückführt. Wir wissen von einem Beschlusse des Landtags unter der Enns de dato 8. Juli 1526, dass »gleiche bürde von allen ständen nöthig sei, daher ein getreulich einlegen, woran bisher mangel war«. Alle, welche Renten und Gülten haben und bisher keine Einlage gethan oder die ihre Einlage ändern wollen, sollen dieselbe bis zu einem bestimmten Termine den ständischen Verordneten übergeben. Nichts dürfe verschwiegen werden, denn ein »Bereiten« werde folgen und diese Angaben controliren; die Verordneten seien bereit, Jedermann zu unterrichten, »was in das einlegen gehört, auch wie hoch jede gült nach gestalt jeden ortes anzuschlagen« [2]). — Allerdings ist hier von einer

[1]) Ueber denselben vgl. Stauber a. O.

[2]) Niederösterr. Landesarch. Schönkirchnerbuch 27 V. Fol. 290 ff. und Notizbl. der Wr. Acad. 5. Jahrg. S. 317.

Verbuchung nicht die Rede. Eine solche muss aber dennoch in den nächsten Jahren, spätestens anno 1530 ins Werk gesetzt worden sein, denn eine spätere Nachricht stellt ausdrücklich das »ältere« Gültbuch des Jahres 1530 dem »jüngeren« von 1542 gegenüber [1]).

Seine definitive Ordnung hat allerdings das Niederösterreichische Gültbuch erst im Jahre 1542 erhalten. Mit diesem Jahre setzt die continuirliche Reihe von Gültbüchern ein, welche uns erhalten blieb, und vermuthlich begann auch erst seit dieser Zeit ein ausgebildeter Gültbuchdienst. Steuergeschichtliche Ereignisse von grosser Wichtigkeit, die wir kurz besprechen müssen, boten hiezu den Anstoss.

Im Winter von 1541 auf 1542 fand in Prag ein allgemeiner Generallandtag statt, an welchem die fünf sog. »Niederösterreichischen Länder«, ferner Tirol, Vorarlberg und die böhmischen Länder Theil nahmen. Hauptresultat dieser Berathungen war, soweit die »Niederösterreichischen Länder« in Betracht kamen, eine vom 11. Januar 1542 datirte Vereinbarung über die gemeinsamen Grundsätze, welche bei Einschätzung der Steuerkraft der einzelnen Länder Anwendung finden sollten [2]). Nach Inhalt dieses Steuervergleiches sollten

---

[1]) Niederösterr. Landesarch. Schönk.-Buch X, Fol. 386 ff. anno 1613, Bericht der Ausschüsse an den Landtag: »Ingleichen haben die löbl. stände zu sehen, welcher gestalt herr Hans Wilhelm von Schönkirchen auf sein anbringen in unterschiedlichen punkten vor uns beschieden, wie, auch was gestalt . . . das ältere gültbuch, so anno 1530 aufgerichtet mit der damals beschehenen einlag übereinstimmt, und aber in einem andern gültbuch, so hernach anno 1542 aufgerichtet ist worden um 15 pfund etc. eine vermehrung gesetzt . . .« — Auch wird in den Acten des niederösterr. Landesarch. A, I, 6 die Eintragung einer Einlage im Gültbuche unter der Rubrik des Adelsstandes für das Jahr 1535 erwähnt, und im Jahre 1594 erhält Rudolf von Paar von den Verordneten die Bestätigung, »dass seine voreltern noch vor 1527, also viel lange jahr her mit einem landgut, Raunerstorf genannt, ins gültbuch einverleibt worden« (ibidem). — Erwähnt sei schliesslich, dass im Gültbuche des Jahres 1542 für das Viertel Unter-Wiener-Wald Fol. 3, sub n. 12 die Bemerkung steht: »Dise gult ist aus dem alten gultpuech herausgezogen.«

[2]) Ein Abdruck im Cod. Austr. II, 85. Ueber die Entstehungsgeschichte

nicht bloss die Dominicalgüter, sondern auch die unterthänigen Gründe Gegenstand der Einschätzung und Besteuerung sein, allerdings mit ausdrücklicher Verwahrung gegen jedes Präjudiz. Ein Nachcongress, der gleichfalls zu Prag tagte, vereinbarte dann mit Hilfe von Steuerfähigkeitsausweisen, welche auf Grund dieser Einschätzungsnormen für die einzelnen Länder hergestellt wurden, den Massstab, nach welchem die bewilligte Steuersumme auf dieselben zu repartiren war (3. März 1542).

Die Literatur nimmt nun fast allgemein an, dass die Prager Vereinbarungen für die Zukunft massgebend blieben. Wäre dies richtig, dann würde das in Folge dieser Ereignisse geschaffene Gültbuch des Landes unter der Enns nicht bloss eine Schätzung der Dominicaleinkünfte (»Herrengülten«), sondern auch der Rusticalgründe enthalten haben. In der That aber gelang es nicht, die Einschätzungsgrundsätze des Prager Vergleichs zu verwirklichen, sondern es kam unmittelbar nach dem Prager Congress am 9. October zu einem neuerlichen Ausschusstage der fünf Niederösterreichischen Länder in Wien, dessen Beschlüsse vom 3. December 1542 uns im Niederösterreichischen Landesarchiv aufbewahrt sind [1]).

---

am meisten bei H. J. Bidermann, Die österr. Ländercongresse, in den Mittheil. des Instit. f. österr. Gesch. Bd. XVIII. Die Literatur hat auf die Wichtigkeit dieser Beschlüsse für die österreichische Steuergeschichte (vgl. die Monographien von Gindely, Frh. v. Myrbach, Frh. v. Mensi, zuletzt A. v. Luschin, österr. Reichsgesch. S. 476) und für die deutsche Steuergeschichte überhaupt (vgl. G. Schmoller, die Epochen der preussischen Finanzpolitik, im Jahrb. f. Gesetzg., Verw. und Volksw. I. Jahrg., 1877, Ad. Wagner, Finanzwissenschaft, 3. Theil, 1. Heft, S. 83 ff.; dann die Monographien für Schlesien von Kries, 1842 und H. Rachfahl, 1894 etc.) wiederholt hingewiesen. Noch fehlt aber die eingehende Würdigung insbesondere rücksichtlich der deutschen Stammländer, für welche allein schon das niederösterr. Landesarchiv ein überreiches Material bietet. — Für uns kommt hier nur die Rückwirkung dieser Beschlüsse auf das Gültbuch in Betracht.

[1]) Der Inhalt der Beschlüsse zu Bruck a. d. Mur vom 8. Juli 1544 kommt hier nicht in Betracht. Wir fanden Nachrichten darüber im Krainer Landesarchiv.

Es lässt sich nun nachweisen, dass eben diese Wiener, nicht aber die von ihnen sehr wesentlich verschiedenen Prager Beschlüsse sowohl für die zukünftige Besteuerung, wie für die uns hier allein interessirende neue Einrichtung des Niederösterreichischen Gültbuches massgebend wurden. Insbesondere enthalten die beiden ersten Bände der fortlaufenden Reihe des Gültbuches einen Vermerk, in welchem ausdrücklich gesagt ist, dass sie »inhalt der fünf Niederösterreichischen lande neu vergleichten ansage, de dato dritten tag des monats Decembris anno im zwei und viertzigsten aufgerichtet worden«.

Der wesentliche Unterschied aber zwischen dem Wiener und Prager Vergleiche ist der, dass nach dem Wiener Vergleiche nur die Dominicaleinkünfte nach ihrem capitalisirten Werthe einzuschätzen waren, die unterthänigen Gründe aber ausgeschlossen blieben. Ueber den Besitz der letzteren führten die Herrschaften das Grundbuch und dabei sollte es bleiben. Die Herrschaften übten mit dessen Hilfe ihr »ius subcollectandi« aus, welches sie offenbar durch die Prager Beschlüsse gefährdet glaubten [1]).

---

[1]) Die Literatur, welche keine genügende Kenntniss von den Wiener Beschlüssen und dem Inhalte und der Structur des Niederösterr. Gültbuches hatte, musste zu irrigen Folgerungen gelangen. Das einzige Werk, welches den Sachverhalt — wenn auch ohne genügende Quellenangabe — richtig schildert, ist das im niederösterr. Landesarchiv als Handschrift aufbewahrte Sammelwerk von J. N. Pusoh (seit 1781 Buchhalter). Darin heisst es (II, A—D): »Es wurden 1542 die deputirten der sämmtlichen länder von Ferdinand I. nach Prag berufen. Da ward veranlasst, dass alle dominical- und rustical-güter nach ihrem werth fassionirt, alsdann vom dominicale der hundertste, vom rusticale der sechzigste theil zur steuer ausgemessen werden soll . . . Doch diese einlage ist entweder gar nicht ad effectum gekommen oder doch nicht lange bestanden, denn im landhaus ist nach wissen der buchhalterei von derlei fassionen nichts vorfindlich . . . Es sind nachher im selben jahre 1542 die erbländischen fünf staaten in Wien zusammengetroffen und haben hier, wie auch in dem nachmals zu Bruck a. d. Mur 1544 gehaltenen convent, eine blosse gült-einlage beschlossen, wovon die fassionen sowohl als die darüber errichteten gültbücher noch heute bei der buchhalterei existiren.« Vgl. auch niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 151: »Bereutung«.

In der That stimmt die Structur des Niederösterreichischen Gültbuches von 1542 und der späteren Zeit mit den in dieser Weise modificirten Vereinbarungen völlig überein. Es enthält nur die Eintragung von »Herrengülten«, d. h. von Dominicalgütern und Dominicalgerechtsamen, stellt die Vertheilung derselben unter die vier Stände und deren Mitglieder, eventuell auch unter andere Personen oder Personenkategorien fest und verzeichnet für jedes Individuum den nach vereinbarten Grundsätzen capitalisirten Antheil an diesen Nutzungen. Das Buch hat somit den Character eines Steuerkatasters für den grundherrlichen Besitz. Es hat in dieser Eigenschaft bei allen späteren Landtagsbewilligungen zur Grundlage jener Besteuerung gedient, welche von diesem Besitze geleistet wurde, mochte diese Steuer auf die Grundunterthanen überwälzt oder ausnahmsweise von den Grundherrschaften selbst getragen worden sein.

Dass seit dieser Zeit auch für die Weiterführung des Gültbuches und für die Eintragung jeder Besitzveränderung gesorgt wurde, wird durch Einsichtnahme in dasselbe und durch die Thatsache bewiesen, dass das Landesarchiv eine geschlossene Reihe von Gültbüchern besitzt, welche eben mit dem Jahre 1542 einsetzt.

Da nun dieses Buch, gleich dem oberösterreichischen, alle adeligen Geschlechter verzeichnete, welche sich im Besitze von Herrengülten befanden, so war es nicht bloss dazu geeignet, den Zwecken der Besteuerung zu dienen, sondern auch die verfassungsrechtliche Function einer Landschaftsmatrikel zu übernehmen, derart, dass die Eintragung in dasselbe als eine der Bedingungen für die adelige Landstandschaft gelten konnte. Wenn diese Function in Niederösterreich sehr in den Vordergrund tritt, so lag dies an der Beschaffenheit des hier zur Geltung gekommenen Rechtes auf Landstandschaft, in dessen Dienst das Gültbuch gestellt wird. Einwirkungen des Böhmischen Incolatrechtes und der mit

demselben in ganz ähnlicher Weise zusammenhängenden Landtafelpraxis sind nachweisbar, können aber hier nicht verfolgt werden.

Die Landstandschaft kam in Oesterreich unter der Enns bis etwa zum Jahre 1572 jedem im Lande ansässigen Adeligen zu, der im Besitze eines Dominicalgrundstückes oder grundherrlicher Einkünfte war [1]). Adel und qualificirter Besitz waren also die beiden Voraussetzungen dieses Rechtes. Da nun das Gültbuch die Vertheilung der Gülten unter die vier Stände verzeichnete, so musste nothwendigerweise jedes adelige Mitglied der Landschaft im Gültbuche verzeichnet sein. Adelige, welche mit ihrem Besitze in die Rubrik des Herren- oder Ritterstandes eingetragen waren, galten deshalb als landtagsfähig. Das Gültbuch versah hier in dieser Zeit die Functionen einer Matrikel, zum mindesten insoweit, als das Vorhandensein des qualificirten Besitzes in Frage kam [2]).

Eine erhöhte Bedeutung gewann aber das Gültbuch in diesem Lande, als im Jahre 1572 eine bereits seit einigen Jahren geübte Praxis durch landesfürstliche Bestätigung zur Norm erhoben wurde, dass nämlich Niemand mit seinem Besitze in die Gültbuchrubriken des Herren- oder Ritterstandes

---

[1]) Die nähere Erörterung und Begründung wird anderen Ortes gegeben werden.

[2]) Zum Beweise mag folgende Bescheinigung der Verordneten der Landschaft unter d. Enns dienen, de dato Wien, 14. Juli 1569: »Wir N. einer ehrs. landschaft etc. verordnete bekennen: Nachdem uns der edle feste Hanns Neumer zu Paumgarten . . . supplicando angelangt, ihm einen glaubwürdig verfertigten schein zu seiner schwebenden rechtshandlung mitzutheilen, dass er in diesem Erzh. Oesterr. u. d. E. ein landmann sei, haben wir darauf in gemeiner landschaft gült- und anschlag-büchern nachsehen lassen und befunden, dass in denselben bis dato weiland Sebastian Neumer's zu Paumgarten selig gelassen erben, dessen eheleiblicher sohn Hanns N. sein soll, geschrieben stehen. Dess wir ihm N. hiemit unter unseren vorgedruckten amts-petschaften schriftlichen schein seiner notdurft nach zu gebrauchen wissen, mittheilen. Actum« etc. (Acten des niederösterr. Landesarch. A, I, 6). — Ueber die hier erwähnten, dem Gültbuche correspondirenden »Anschlagbücher« vgl. im selben Archiv Mscr. n. 62, Fol. 357.

neu eingetragen werden durfte, der nicht vorher den Nachweis erbrachte, dass er von den Ständen zum Landmann angenommen worden, und der nicht einen Revers unterzeichnet hatte, sich allen Pflichten der Landschaftsmitglieder zu unterwerfen. Ausgenommen von diesen Erfordernissen waren nur Personen, die der Landesfürst besonders privilegirte [1]). — Nun sollte also der qualificirte Besitz allein den Adeligen nicht mehr zur Landstandschaft legitimiren. Hinzukommen musste die formelle Aufnahme durch die Stände und die Ausstellung eines Reverses. Wer die Erfüllung dieser zwei Bedingungen nicht nachweisen konnte, der durfte weder in die Rubrik des Herrenstandes, noch in die des Ritterstandes mit einem Gültenbesitze neu eingetragen werden, und war er dies nicht, dann galt er eben nicht als Mitglied der Landschaft. Die vollzogene Eintragung war der Beweis für die Erfüllung der geforderten Bedingungen.

Man sieht, dass das Gültbuch geradezu der Wächter der neuen Ordnung wurde, und dass seine beiden Adelsrubriken völlig die Functionen einer Matrikel versahen. Da nun das Buch, wie von Anfang an, so auch jetzt unter der Aufsicht der Verordneten stand, so rühren von den Verordneten die Bescheide her, die uns zeigen, dass das Gültbuchamt sich sofort in den Dienst der neuen Ordnung des Jahres 1572 stellt und jede Einverleibung von den eben genannten Bedingungen abhängig macht [2]).

---

[1]) Cod. austr. I, S. 737, Generale vom 10. Febr. 1572; vgl. auch Suttinger, Consuetudines austr. S. 392.

[2]) Lorenz von Valentin hat von Ferdinand Grafen von Ortenburg die Herrschaft Plankenstein durch »freie Donation« erhalten. Sie wurde ihm »wirklich tradirt und eingeantwortet vermög nebenliegender aufsandung«. Er bittet deshalb die Verordneten, den Grafen im Gültbuch rücksichtlich dieser Herrschaft »auszuthun und ihn einschreiben zu lassen«. Darauf erfolgt am 1. August 1572 der Bescheid: »Dieweil der von Valentin zuvor in gemeiner landtschaft güldtbuech nicht einverleibt ist, so will von nöten sein, daz er, auffgerichteter ordnung nach, zuvor oder nachmalen von den zwei ständen auf sein ansuchen zu einem landtmann angenommen und alsdann erst im güldt-

Seit dieser Zeit bleibt das Gültbuch ein Organ für die Durchführung der Aufnahmsregeln, so dass folgerichtig die Praxis desselben ohne Kenntniss der gleichzeitig geltenden Landesverfassung nicht zu verstehen ist.

Allerdings liegt die Annahme nahe, dass, nachdem einmal im Jahre 1572 das Erforderniss ausdrücklicher Aufnahme ausgesprochen worden war, für die Zukunft eine authentische Matrikel angeordnet worden sein mag, in der alle von der Landschaft aufgenommenen Mitglieder zu verzeichnen waren. Diese Annahme gewinnt an Wahrscheinlichkeit durch eine spätere Notiz Aichen's, des gelehrten Untermarschalls des Landes [1]. Aichen erzählt, die Landschaft unter der Enns habe 1586 eine Matrikel verfasst und »einhellig den schluss gemacht, dass alle diejenigen familien, welche vor dieser neu aufgerichteten matrikel güter, stück und gülten (welche allein dem adel zu besitzen gebühren) in diesem lande erkauft und hiedurch sich damals ansässig gemacht, für wirkliche landleute und landesmitglieder geachtet werden sollen«. — Mag aber auch im Jahre 1586 ein Versuch zur Errichtung und Führung einer authentischen Matrikel geschehen sein, in keinem Falle hat dieses Institut in der nächstfolgenden Zeit Wurzel gefasst. Nirgends finden wir in jener Zeit einer Matrikel in der Weise Erwähnung, dass man berechtigt wäre, die Fortführung einer solchen, als Rechtsinstitut anzunehmen. Alle Nachrichten weisen darauf hin, dass das Gültbuch seine verfassungsrechtliche Function beibehielt.

Bei dieser doppelten Wichtigkeit des Gültbuches, einmal als Grundlage für die landständische Besteuerung des Gültenbesitzes, dann als Controle für den rechtmässigen Erwerb der Landstandschaft, waren besondere Garantien für die ordnungs-

---

buech einverleibt werde«, vgl. Acten des niederösterr. Landesarch. A, I, 6; ibidem eine ähnliche »Supplication« des Hans Küstenfelder zu Hart wegen Leesdorf, 4. Nov. 1572 etc.

[1]) Mscr. n. 353, Fol. 285, ibidem.

mässige Führung unentbehrlich. Demgemäss werden seit Ende des 16. Jahrhunderts die Nachrichten über neue Instructionen für das Gültbuch, über Aenderungen im Aemterorganismus und über Verbesserungen in der Führung desselben immer häufiger. Die älteste Instruction, die uns bekannt wurde, stammt aus dem Jahre 1570 [1]), die zweite aus dem Jahre 1595 [2]). In dieser letzteren gewinnt das Privilegium von 1572 und die von uns geschilderte verfassungsrechtliche Function des Gültbuches sehr deutlichen Ausdruck. Es wird den Secretären eingeschärft, »keine einschreibung zu thun ohne consens der herrn verordneten, zu sehen, dass niemand mit seiner gült unter den herren- oder ritterstand komme, der nicht desselben standes ist, und dass die verordnung wegen annahme der neuen landsleute bei einverleibung in die gültbücher befolgt werde«. — Ganz ähnlich heisst es in der Instruction vom Jahre 1626, der Buchhalter soll fleissig darauf Achtung haben, »dass jeder mit seiner gült in sein rechtes viertel und stand, sonderlich auch die neu angenommenen herren und landleute der ordnung nach eingeschrieben werden«. Ohne schriftliche Bewilligung der Verordneten darf er keine Eintragung vornehmen [3]).

Bis in das 19. Jahrhundert behauptet das Gültbuch die gekennzeichnete Doppelrolle [4]). Zwar mehren sich im Laufe des 17. Jahrhunderts die Ansätze zur Errichtung einer Matrikel [5]),

---

[1]) Ibidem, Acten A, II, 32; die Instruction wird dem Buchhalter Wuecherer gegeben.

[2]) Ibidem, Mscr. n. 63, Fol. 12: Instruction für die Secretäre der niederösterr. Landschaft vom 1. Mai 1595.

[3]) Ibidem, Acten A, II, 32, Instruct. des Buchhalters vom 7. Juli 1627; hier auch weitere Documente zur Geschichte des Gültbuches, Vorschläge zu dessen Verbesserung etc.

[4]) Als im Jahre 1623 für jene Gültenbesitzer, welche nicht zugleich Mitglieder der Landschaft waren, die »doppelte Gült« eingeführt wurde, musste der Buchhalter für diese einer Doppelbesteuerung unterliegenden Gültenbesitzer ein besonderes Gültbuch führen; vgl. ibidem Mscr. n. 63, Fol. 46.

[5]) Im Jahre 1651 erinnert der Registrator in seinem Berichte an die Verordneten, »dass den zwei obern politischen ständen zu sonderbaren ehren und

aber erst seit dem 18. Jahrhundert scheinen die Matrikeln zum mindesten für den Herrenstand sorgfältiger geführt worden zu sein [1]), ohne dass deshalb das Gültbuch seine verfassungsrechtliche Aufgabe eingebüsst hätte [2]). Den Character eines

---

gefallen, sonderlich zu ewigem gedächtniss dero posterität, herr Wilhelm Bernhard von Frideshaimb noch a. 1599 der österr. hochadeligen geschlechter wappen von so langen jahren, als er dessen nachricht erlangen können, in ein buch eintragen, malen lassen und dedicirt. Zur continuirung dessen sie dann, als der löbl. herrenstand für seinen stand, wie auch der löbl. ritterstand jeder ein dergleichen buch, mit silber beschlagen aufrichtigen, und verfertigen lassen, damit die von jahr zu jahr etwa angenommenen landesmitglieder mit ihrem namen und wappen eingetragen und die zeit deren präsentation fürgemerkt werden können. Es ist aber solcher eintrag und vormerkung der angenommenen landleute in l. herrenstand gar niemals, deren mitglieder aber im l. ritterstand von a. 1579 (?) bis 1603 observirt, die wappen aber auch nit eintragen worden . . .« vgl. Acten des niederösterr. Landesarch. A, II, 31; vgl. ferner ibidem A, I, 8, 1622, 1. März: Dem Expeditori zu befehlen, ein ordentliches verzeichniss derjenigen landleute zu machen, die seit 1572 aufgenommen wurden, und dabei diejenigen zu bezeichnen, die Reverse gegeben haben. Ibidem A, I, 8, 1633 findet sich eine Liste der unbegüterten Landleute, welche nur mit einem Steueräquivalent im Gültbuche erscheinen; vgl. auch die abschriftlichen Verzeichnisse im Mscr. n. 353.

[1]) Nach Fitzinger (Versuch einer Gesch. des niederösterr. Landhauses, 1869, S. 33) fassten die Stände am 6. Mai 1698 den Beschluss, ihr Archiv einrichten und eine ständische Matrikel herstellen zu lassen und übertrugen die Ausführung dieser Anordnung dem Ingrossisten jedes einzelnen Standes unter Controle des Landmarschalls, der Verordneten und des Syndicus. — Im Anfange des 18. Jahrhunderts muss es bereits eine ordentlich geführte Matrikel gegeben haben, denn der Landesuntermarschall Aichen erzählt vom Landtage des Jahres 1720, dass der Fürst Anton von Liechtenstein seine Stimme vor dem übrigen Herrenstande abgegeben habe, »vermöge seiner vorfahren von dem l. herrenstand auf ewig erworbene praeeminentz und privilegii, wie die herrenstands-matricul das mehrere enthält«; vgl. niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 353, Fol. 23 ff. — Damit stimmen Mittheilungen im Jahrbuche der k. k. herald. Gesellschaft »Adler«, N. F. III. Bd., S. 154 überein. Hiernach stammt die erste Matrikel für den Herrenstand aus dem Jahre 1705. Sie umfasst heute zwei Bände, deren erster im Jahre 1705, deren zweiter im Jahre 1790 angelegt wurde. Für den Ritterstand existirt aber nur ein Wappenbuch, welches heute drei Bände zählt. Die Akten über den Erwerb der Landstandschaft sind in der »Herrenstandslade« und der »Ritterstandsregistratur« aufbewahrt.

[2]) Das bereits citirte handschriftliche Werk von Pusch enthält eine

Grundsteuerkatasters verliert das Buch seit Einführung des Grundsteuerprovisoriums von 1817 [1]).

IV. Die innere Einrichtung und rechtliche Natur des Niederösterreichischen Gültbuches.

A. Die innere Einrichtung des niederösterreichischen Gültbuches [2]), das seit dem Jahre 1542 in ununterbrochener

---

Erörterung über die »Ursachen, warum man auf die gültanschreibung jederzeit mit ernst gedrungen hat«. Obwohl die Erörterung zu Ende des 18. Jahrhunderts geschrieben ist, werden noch immer die verfassungsrechtlichen Functionen an die Spitze gestellt. Es heisst darin: »Erstens ist dem allerh. Hof daran gelegen, die jeweiligen gültbesitzer zu wissen, theils um die alljährlich gewöhnlichen landtags-verkündschreiben durch die k. k. hofkanzlei an die begüterten landesmitglieder auszufertigen und damit derlei allerh. schreiben nicht etwa an bereits verstorbene oder unbegütert gewordene individuen vergeblich expedirt, andere hingegen zwar wirklich begüterte, jedoch nicht an der gült stehende besitzer hierin übergangen werden, sondern auch um zu ersehen, was für familien im land ansässig und mit wie vielen, auch mit was für gütern dieselben versehen seien, dann wie weit etwa die anzahl der ausser der landmannschaft stehenden possessoren jeweilig anzuwachsen beginne. Ebenso nöthig ist auch zweitens dem corpori der drei oberen stände und dero unterhabenden catastro die wissenschaft der jeweilens bei den landgütern vorgehenden veränderungen, damit nemlich einerseits die unfähigen inhaber zur doppelten gült verhalten und jene landleute, deren geschlecht von der zeit des erlangten incolats noch nicht 100 jahre zurückgelegt hat, nach veräusserung ihrer güter mit der versteuerung der unbegüterten 10 pfund beigezogen« etc.

[1]) Das Gültbuch hat seit Einführung des Grundsteuerprovisoriums, dem seit 1835 der allgemeine Grundsteuerkataster als stabile Einrichtung folgte, eine »veränderte Richtung« erhalten. Es dient nicht mehr als Steuerkataster, sondern nur noch »zur Sicherheit der Dominien rücksichtlich der Bestandtheile der Besitzungen und Gefälle und liefert ausserdem nur noch interimistisch den Massstab zur Umlegung der Urbarial- und Zehentsteuer«, vgl. Circular des Verordnetencollegiums vom 16. Nov. 1822, citirt bei Graf Barth-Barthenheim, Das Ganze der österr. politischen Administration, 1838, I. Bd., S. 397, wo überhaupt Näheres über die Aenderungen des 19. Jahrhunderts und über die noch zu berührenden Beziehungen zwischen Gültbuch und Landtafel zu finden ist.

[2]) Ueber die innere Einrichtung des oberösterr. Gültbuches vgl. die oben S. 518, Anm. 1 gegebenen historischen Nachrichten.

Reihenfolge erhalten ist, blieb nicht unverändert, sondern sie hat ihre besondere Geschichte, welche mit der Geschichte der Steuerverfassung und der Landstandschaft untrennbar verbunden ist. Der Grundcharacter blieb aber bis ins 18. Jahrhundert in der Hauptsache derselbe. Ohne irgend welchen Anspruch auf Vollständigkeit[1]) wollen wir denselben kennzeichnen, und zwar in der Weise, dass wir von dem ältesten Gültbuche der fortlaufenden Reihe ausgehen.

Dieses besteht aus zwei Bänden, deren erster die Viertel Ober- und Unter-Wiener-Wald, deren zweiter die Viertel Ober- und Unter-Mannhartsberg der Reihe nach zum Gegenstand hat. Auf den Einbanddecken finden sich die entsprechenden Bezeichnungen der Viertel. Beigefügt sind die Worte »von 1542 bis 1558«, womit das Jahr der Errichtung des Buches und jenes Jahr angegeben ist, bis zu welchem die Besitzveränderungen eingezeichnet sind. In jedem der zwei Bände findet sich zweimal, nämlich bevor die Eintragungen für das betreffende Viertel des Landes beginnen, eine historische Notiz über den Ursprung des Buches eingeschrieben[2]). Wir entnehmen aus ihrem Inhalte eine werthvolle Bestätigung für die früher ausgesprochene Annahme, dass das vorliegende Gült-

[1]) Eine ausführliche Beschreibung dieser inneren Einrichtung beabsichtigt Herr Dr. M. Vancsa, Custos des niederösterr. Landesarchivs.

[2]) Sie lautet z. B. für das Viertel Ober-Wiener-Wald: »Hierinnen (sind) beschrieben der drei stände von prälaten, herren und ritterschaft einer ehrsamen landschaft des Erzherzogthums Oesterreich unter der Enns, auch der ausländischen fürsten, prälaten und anderer, desgleichen der von städten, märkten und priesterschaften summari gülten, nutzungen und einkommen, so ein jeder stand in diesem Erzherzogtum Oesterreich unter der Enns in dem viertel Ober-Wiener-Wald liegend hat und in gemeiner landschaft obligen sein und inhalt der fünf Niederösterr. lande neu vergleichten ansag de dato den 3ten tag des monats Decembris anno im zwei und viertzigsten aufgerichtet worden, ain jeder hohen und niederen stannds unter ihren betschaden und handschriften im vergangenen 43ten jahr zu berührter landschaft verordneten handen überantwortet und vermug vorberürter vergleichung durch die herren verordneten die tax auf jedes einlage gemacht worden.« Vgl. dazu oben S. 521 ff.

buch nicht auf Grund des Prager Vergleiches von 1542, sondern jener Wiener Beschlüsse desselben Jahres zu Stande kam, deren Inhalt ein wesentlich verschiedener war. Daraus erklärt sich — wie erörtert wurde — die wichtige Thatsache, dass das Buch nur Gültenbesitz, nicht aber unterthänigen Besitz zum Gegenstande hat.

Die Eintragungen für jedes Viertel sind im Buche in sechs Abtheilungen gegliedert, für welche schon die damalige Zeit den Ausdruck »Rubriken« gebraucht. Sie tragen der Reihe nach folgende Ueberschriften: I. Prälatenstand; II. Herrenstand; III. Adel und Ritterschaft; IV. Städte und Märkte; V. Fürsten und Prälaten, Ausländer; VI. Priesterschaften. Innerhalb dieser Rubriken sind nun in fortlaufenden Nummern jene Personen, Corporationen etc. eingetragen, welche der betreffenden Rubrik, z. B. dem Herrenstande, zugehörig sind und aus einem innerhalb des betreffenden Viertels gelegenen, oft, aber nicht immer näher bezeichneten Besitze grundherrliche Einkünfte ziehen. Anschliessend am Rande ist dann nicht etwa dieses jährliche Einkommen selbst, sondern der Capitalswerth des steuerpflichtigen Einkommens nach Pfunden, Schillingen etc. verzeichnet. Massgebend für diese Capitalisirung war ein im Jahre 1542 vereinbarter Modus der Berechnung, der zwischen verschiedenen Arten der Einkünfte unterscheidet und an der Steuerfreiheit bestimmter Besitzkategorien festhält [1]. Beispielsweise enthalten im Viertel Ober-Wiener-Wald die oben

[1]) Die herrschaftlichen Schlösser, Maierhöfe, Gebäude, Fischwasser etc., sowie das in Selbstbewirthschaftung stehende Herrenland waren steuerfrei. Vgl. für das 15. Jahrhundert Schalk, in den »Mittheil. des Instit. f. österr. Gesch.« II. Ergänzgsbd., S. 432, und Werunsky a. O. S. 142. — Vgl. ferner Acten des oberösterr. Landesarch. B, I, 32, wonach im Jahre 1510 auch der städtische Bürgerstand Steuerfreiheit für seine Wohnsitze auf dem Lande begehrt, »wie denn die drei stände mit ihren schlössern, mayrhöfen, gebäuen, fischwassern und anderem gefreit sind«. Aehnlich auch der Wiener Steuervergleich von 1542, der ausserdem die »wiesen, aecker und gründe, die nicht zins tragen«, also das vom Grundherrn unmittelbar bebaute Land ausdrücklich für steuerfrei erklärt.

angeführten sechs Rubriken der Reihe nach 14, 23, 103, 33, 20, 139 Nummern mit solchen Eintragungen.

Bei jeder Nummer ist ein Raum für künftige Eintragungen von Besitzveränderungen freigelassen. Wir geben in der Anmerkung ein Beispiel für eine solche Zuschreibung und die damit correspondirende Abschreibung, welche dadurch entstanden, dass ein Mitglied des Ritterstandes nach geschehener Eintragung seines capitalisirten Gültenbesitzes neue Gülten von einem Mitgliede des Prälatenstandes käuflich hinzu erwarb [1]).

Die nächsten vien Bände (3—6) des Gültbuches umfassen die Zeit von 1559—1570, so dass zum Unterschied von früher jedem Viertel ein besonderer Band gewidmet ist. Auch enthält nun jeder Band ein Register. Dasselbe gilt für die folgenden vier Bände, Nr. 4—10, die Zeit 1571—1634 umfassend. Der Grundcharacter bleibt derselbe, nur dass die Eintragungen ausführlicher werden. Hierauf folgen die Bände Nr. 11—14 für die Jahre 1635 und 1636 und Nr. 15—18 für die Zeit von 1637—1666.

Vom Jahre 1667 angefangen wird das Buch noch detaillirter geführt, so dass nunmehr jedem Viertel zwei Bände gewidmet sind, also das Gültbuch für die Zeit von 1667—1701 acht Bände Nr. 19—26, und dasjenige für die Jahre 1702 bis 1730 gleichfalls acht Bände von Nr. 27—34 umfasst. Auf das Detail der geschehenen Aenderungen gehen wir hier nicht ein; ebensowenig auf die völlige Umgestaltung, welche das Gült-

[1]) In der Rubrik des Ritterstandes im Viertel Ober-Wiener-Wald ist sub Nr. 1 eingetragen: »Herr Christoph Jorger von wegen der herrschaft Khreusspach . . . 190 pfd. 14 pfenn.« Dann heisst es u. A.: »Item, so hat ime (sich) herr Jorger zueschreiben lassen, so er von herrn abbt zu Lillienfeldt erkaufft . . . 5 pfd. 4 schill. 28 pfenn.« — In der That findet sich nun in der Rubrik des Prälatenstandes in der Nummer: »Herr Abbt zu Lilienfeldt« eine correspondirende Abschreibung mit folgenden Worten: »Von vorgemelter gült hat ime (sich) herr abbt abthuen lassen, so er herrn Cristoffen Jorger zu Khreusspach verkaufft . . . 5 pfd. 4 schill. 28 pfenn.«

buch für die Zeiträume von 1731—1760 und von 1760—1787 aufweist. Ein tieferes Verständniss dieser Umgestaltung könnte nur durch eine Vergleichung mit der Landtafel und dadurch gewonnen werden, dass der Zusammenhang mit der im Jahre 1748 begonnenen Theresianischen Steuer-Rectification aufgedeckt würde. Eine solche steuergeschichtliche Untersuchung liegt aber ausserhalb der Aufgaben dieser Schrift. Bemerkt sei noch, dass das letzte aus zwölf Bänden bestehende Gültbuch die Zeit von 1788 bis zur Gegenwart umfasst.

Die Eintragungen beruhten — wie schon erwähnt wurde — seit Alters zumeist auf den sogenannten »Gülteneinlagen«, d. h. auf den schriftlichen Selbstbekenntnissen der einzelnen Gültenbesitzer über ihren grundherrlichen Besitz und die Einkünfte aus demselben [1]). Sie sind zum grossen Theile erhalten und bilden im Vereine mit den ihnen beigeschlossenen urkundlichen Beilagen über Besitzveränderungen (Kaufbriefe, Aufsandungen, letztwillige Verfügungen etc.) eine der wichtigsten Quellen nicht bloss für die Geschichte des adeligen Grundbesitzes, sondern auch für die Rechtsgeschichte des Landes im Allgemeinen.

B. Die rechtliche Natur des Gültbuches wurde zwar durch die Geschichte des Instituts beleuchtet; die auf diesem Wege gewonnene Einsicht bedarf aber noch der Zusammenfassung und Ergänzung [2]).

---

[1]) Die Richtigkeit derselben wurde wiederholt durch ständische Organe von Amtswegen überprüft. Ueber die Verwerthung dieser »Einlagen« für das Gültbuch äussert sich die bereits oben S. 528 citirte Instruction von 1595 in folgender Weise: »Für die vier viertel eines jeden landes sollen die secretäre aller und jeder landleute einlagen, wie sie aus jedem viertel originaliter zur kanzlei erlegt werden, unter der besondern rubrik eines jeden standes eintragen, die originaleinlagen aber im gewölbe der verordneten bei den andern urkunden aufbewahren.« Dabei ist darauf zu sehen, dass diese Einlagen den Gült- und Anschlagbüchern correspondiren. Da viele Einlagen fehlen, andere unrichtig sind, so sollen sie mit Hilfe der Verordneten diese Mängel bessern.

[2]) Eine Vergleichung mit den Einrichtungen in anderen deutschen Territorien ist an diesem Orte nicht beabsichtigt.

Das Gültbuch war eine von den Ständen veranlasste bücherliche Aufzeichnung über die Vertheilung des grundherrlichen Besitzes und seiner Einkünfte unter die Mitglieder der einzelnen Stände, sowie über die Veränderungen in dieser Vertheilung. »Herrengülten«, auch »Gülten« schlechtweg genannt [1]), sollten nur im Besitze der beiden adeligen Stände und des Prälatenstandes sein. Ein System von Rechtsinstituten suchte insbesondere den corporativ verbundenen Adel in diesem qualificirten Besitze zu schützen, welcher die wirthschaftliche Grundlage für dessen politische und sociale Machtstellung bildete. Insoweit aber trotzdem andere Personen ausnahmsweise solchen qualificirten Besitz erwarben, wurden sie gleichfalls nach entsprechenden Kategorien im Gültbuche verzeichnet.

Ursprünglich diente das Buch nur zur Grundlage für die landständische Besteuerung des Gültenbesitzes. Ende des 16. Jahrhunderts gewinnt es aber zu dieser Aufgabe die verfassungsrechtliche Function einer Matrikel hinzu, derart, dass die vollzogene Eintragung einer Person in die Rubrik des Herren- oder Ritterstandes als Beweis für den rechtmässigen Erwerb der Landstandschaft galt.

Abgesehen von dieser bereits genügend erörterten ver-

[1]) »Gült«, nach Schmeller, Bair. Wörterb. I, S. 909, von »gelten« = entgelten, bezahlen, heisst die Schuld, namentlich die jährliche Schuldigkeit an Arbeitsleistung, Geld, oder Naturalien für geliehenes Gut welcher Art immer. »Gülten« heissen aber auch diese Leistungen vom Standpunkte des Anspruchsberechtigten, für den sie sich als Einkünfte darstellen; vgl. das Glossar zu Frh. v. Lerchenfeld, Die altbair. landständ. Freiheitsbriefe, S. 318. In diesem Sinne verstehen die österr. Quellen unter »Herrengülten« die Einkünfte aus grundherrlichem Besitze, sowie auch diesen Besitz selbst (vgl. für Steiermark N. Beckmann, Idea iuris statutarii etc., 1688, S. 185); unter »Gülteneinlagen« die Bekenntnisse über diese Einkünfte und diesen Besitz, unter »Gültbuch« deren Verbuchung. Die Rechtsqualitäten des Gültenbesitzes bedürfen allerdings noch einer näheren Bestimmung, auf welche hier deshalb verzichtet wird, weil dieselbe ohne eingehende quellenmässige Untersuchung der Beweiskraft entbehren würde. Vgl. dazu D. Schwabe, Versuch über die ersten Grundlinien des österr. Landadelsrechtes, 1782, S. 123 ff. und A. v. Luschin, Oesterr. Reichsgesch. S. 497 ff.

fassungsrechtlichen Bedeutung gewisser Eintragungen beschränkte sich die Rechtswirkung der Eintragung ausschliesslich auf das Gebiet der Besteuerung. In dieser Rücksicht war die Eintragung allerdings Beweis machend, und zwar nur die Eintragung in das Gültbuch. Auf die Frage, »ob in strittigen einlagssachen bei der buchhalterei das bereitungsbuch oder das gültbuch eine rechte probe mache«, erfolgte der Bescheid: »einzig das gültbuch« [1]).

Die Rechtswirkung der Eintragung einer Person mit einer bestimmten Gült lag in der Haftung der Person für die auf den Gültenbesitz entfallende Steuer, insolange als die Einverleibung dauerte. Die Executionsordnung von 1671 bestimmt ausdrücklich, dass Jedermann, solange er im Gültbuche eingetragen ist, für die Landesanlagen haftet, und zwar auch dann, wenn er die Gült nicht mehr innehat und nur unterliess, die Abschreibung zu bewirken [2]).

Dagegen wird negativ ausgesprochen, »dass die ab- und zuschreibung auch separirung der gülten und häuser kein dominium gibt«. — «Die gültanschreibung gibt keine proprietät, sondern stellt jeden possessorem in sichere versteuerung und abführung der landesanlagen, welches sowohl dem besitzer, als dem gültbuche zu gute kommt« [3]).

---

[1]) Vgl. »Der niederösterr. Landschaft Gedenkbuch«, verfasst von J. B. Suttinger; im niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 242, Fol. 390.

[2]) Executionsordnung der niederösterr. Landschaft vom 31. Dec. 1671, im Cod. austr. I, S. 313, §. 12. — Eine ganz ähnliche Bestimmung wird schon 1578 für das Landesgültbuch der Steiermark gegeben. Vgl. die oben S. 510, Anm. 1 citirte Verordnung der Stände.

[3]) Aus dem Steuerbuche von 1698, bei Pusch citirt, und ibidem mit Berufung auf Cod. prov. von 1682: »Die gültanschreibung zieht nicht, wie bei einem grundbuch die gewähr-einschreibung, die schermung nach sich, weilen es allein zu dem ende geschiecht, dass der possessor und nutzniesser der gülten wissend sei und die landesanlagen abführen solle.« — Für die spätere Zeit nach Einführung der Landtafel vgl. J. Freudenreich im »Jurist« IX. Bd.: »Ist das ständische Gültbuch an und für sich über den rechtlichen Besitz beweismachend?«

Streitigkeiten wegen Ab- und Zuschreibungen der Einlagen wurden in erster Instanz beim Gültbuch, d. h. der Buchhalterei abgehandelt. Die Parteien waren zum Gültbuch zu fordern, »mit ihren Nothdurften zu vernehmen »und möglichst zu vergleichen«. Gelang der Güteversuch nicht, so berichtete das Gültbuchamt an die Verordneten, welche die Parteien zu »verbescheiden« hatten [1]). Gegen den Bescheid der Verordneten stand der Recurs an die gesammten Stände offen (ad inclytos status pro ulteriori examine et cognitione). Gegen diese Entscheidung der Stände konnte aber noch an die »gehörige gerichtliche Instanz«, die Regierung appellirt und schliesslich der Landesfürst als »supremus judex per modum revisionis« angerufen werden [2]).

Das Gültbuch stand seit Alters unter der Controle der Verordneten; die ausführenden Beamten waren aber einem wiederholten Wechsel in der Organisation unterworfen [3]).

---

[1]) Schon nach §. 13 der Exec.-Ordnung von 1613, citirt bei Pusch a. O. — Die Exec.-Ordnung von 1671 hat im §. 13 eine ganz gleichlautende Bestimmung; vgl. Cod. austr. I, S. 313.

[2]) Im Falle eines Recurses an die Stände war es Gewohnheit, »dass die herren landstände nach abgehörtem libelli gravamine in pleno einen engeren ausschuss sub praesidio eines herrenstands-mitgliedes wählten«. Dieser Ausschuss relationnirte den Ständen schriftlich, worauf die Stände in Pleno die endliche Entscheidung trafen »salvo tamen beneficio appellationis et revisionis«; vgl. die wohl von Aichen herrührende »Auskunft, was in materia einer strittigen einlage vermöge der niederösterr. landes-verfassung beobachtet werden soll« (im niederösterr. Landesarch. Mscr. n. 353, Fol. 358), ca. 1723 verfasst. — Ueber den universellen Character der vom österr. Landesfürsten geübten Rechtsschutzgewalt vgl. nunmehr Fr. Tezner, Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich vom Ausgange des 15. bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts, Wien 1898 (zuerst in Grünhut's Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht, 24. und 25. Bd.), insbes. S. 8 ff., 83 ff., 110 ff., 135, 179, 209 ff.

[3]) Die Instruction von 1570 wird dem Buchhalter, die von 1595 den Secretären, und schliesslich diejenige von 1627 wieder dem Buchhalter gegeben; vgl. oben S. 528, Anm. 1—3; ferner in den Acten des niederösterr. Landesarch. A II, 32 den Beschluss der Stände vom 19. Sept. 1637, kraft dessen der Buchhalter Pötl eine Remuneration von 4000 fl. »für die perfectionnirung der



Die »Einlagen«, auf welchen die bücherlichen Eintragungen beruhten, waren der Einsichtnahme Dritter entzogen. Schon die citirte Instruction aus dem Jahre 1595 befiehlt den Secretären, »dass sie von keiner landsmann-einlage ohne bewilligung der herren verordneten und dessen, dem die einlage zugehörig, keine originalia oder abschriften geben«. Dabei blieb es auch späterhin. Im Anfange des 18. Jahrhunderts bemerkte der gelehrte Landesuntermarschall Aichen hierüber: »Wenn ein landtagsmitglied oder ein anderer inhaber von gütern, stücken oder gülten dieses landes um seine eigene einlage bei den niederösterreichischen verordneten schriftlich anlangt, so wird dies niemals verweigert. Wenn aber solche landtagsmitglieder oder ex privilegio begüterte insassen ihre benachbarte, oder auch eines fremden einlage begehrte, wird solches petitum stets abgeschlagen, massen dergleichen ansuchen allein auf streitigkeiten und process angesehen sind, et esset iniquum sumere arma ex manibus adversarii«[1]).

Fragen wir nach dem Gesagten, inwieweit das Gültbuch etwa Functionen der später eingeführten Landtafel versah, so muss zum mindesten für Niederösterreich die Antwort negativ lauten. Denn das Gültbuch verzeichnete nur Eigenthumsrechte, niemals Belastungen, und die Eintragung hatte privatrechtlich keine constitutive Rechtswirkung. Auch waren die Einlagen der Einsichtnahme Dritter entzogen. Das Gültbuch kann also mit wenig Recht als Vorläufer der nach böhmisch-mährischem Vorbilde eingeführten Landtafel betrachtet werden[2]). In der That darf man als erwiesen annehmen, dass zwei andere Institute, nämlich das »Landgedenkbuch« des land-

gültbücher« erhält. — Für den Anfang des 18. Jahrhunderts vgl. ibidem Mscr. n. 37. Hienach zerfällt die Buchhalterei in eine »innere« und »äussere«. In der »inneren« werden die alten und neuen Gült- und Bereitungsbücher sammt den Einlagen über die Herrschaften aufbehalten . . . Die Richtigkeit der Gültbücher ist die »vornehmste obsorge eines buchhalters«.

[1]) Ibidem, Mscr. n. 164, Schlussbemerkung Aichen's.

[2]) Anderer Ansicht scheint A. v. Luschin, Oesterr. Reichsgesch. S. 475.

marschallischen Gerichtes und die Protocolle des Weisbotenamtes es waren, welche hier den Boden für die Principien des öffentlichen Buchsystems derart vorbereitet hatten[1]), dass die Niederösterreichische Landtafel erklärtermassen an die Stelle der Protocolle des Weisbotenamtes treten konnte[2]).

Trotzdem spielte das Gültbuch bei Errichtung der Landtafel eine wichtige Rolle und diente noch in der Folge zur Ergänzung derselben. Da nämlich die Landtafel nur die ständischen Dominicalgründe zum Objecte hatte, so bildeten die im Gültbuche verzeichneten Güter zugleich den Gegenstand der Landtafel[3]) und hiessen daher seit Errichtung derselben auch »landtäfliche Güter«. Sie wurden mit ihrem Besitzer vom Gültbuche in die Landtafel übertragen[4]). Für die Frage

---

[1]) Vgl. insbes. L. Johanny, Geschichte und Reform der österr Pfandrechtspränotation, Wien 1870, S. 25 ff.; ferner A. Randa, Die geschichtl. Entwicklung des Instituts der öffentlichen Bücher in Oesterreich, in Grünhut's Zeitschr. f. Privat- und öff. Recht, VI. Bd., und Derselbe, Eigenthumsrecht, 1893, I. Bd., S. 430. Zur Geschichte des Weisbotenamtes vgl. noch Acten des niederösterr. Landesarch. B, IV. — Rascher war die Entwicklung beim Rusticalbesitz. Hier gelangen in den von der Grundobrigkeit geführten Grundbüchern die Principien des öffentlichen Buches schon im 17. Jahrhundert zu einer relativ vollkommeneren Ausbildung, als beim Dominicalbesitz. Vgl. Randa, in Grünhut's Zeitschrift a. O. S. 115. — In Steiermark war ein »Land-Gedenkbuch« nicht im Gebrauch, was N. Beckmann, Idea iuris Styriaci et Austriaci, 1688, S. 202, mit grossem Bedauern hervorhebt.

[2]) Vgl. die Eingangsworte des Landtafelpatents für Oesterreich unter d. Enns vom 24. Nov. 1758. — Als die Stände dieses Landes sich 1754 über die Einführung der Landtafel zu äussern hatten, sprachen sie sich dagegen aus und verwiesen auf das Weisbotenamt, durch welches ohnedies alles Nöthige geschehe. Vgl. Johanny a. O. S. 74.

[3]) Vgl. das citirte Patent: »Erstens: Dass zwar nicht alle im Land befindliche ohnbewegliche Güter ohne Ausnahm, sondern allein die im Landhaus innliegenden Herrschaften, Güter und Gülten, auch Frey-höf und Frey-häuser, und was sonsten an Unbeweglichkeiten in dem ständischen Einlagbuch innlieget, mithin der Erkenntniss deren Landrechten und der landmarschallischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist., der Landtafel einverleibt werden sollen . . .«

[4]) Vgl. dass. Patent Alin. 1: »Und zwar sollen die dermaligen Besitzer, welche an die Gült stehen, ohne weiteren auch in die Landtafel eingetragen werden, in das künftige aber solle keiner das Eigenthum oder sicheren Besitz

der Zugehörigkeit eines Gutes zur Landtafel war somit das Gültbuch entscheidend, und die heutigen landtäflichen Güter sind identisch mit den alten ständischen Gülten. Diese Güter haben zwar seit Aufhebung der Grundunterthänigkeit (Pat. vom 7. Sept. 1848) viel von ihrer rechtlichen Bedeutung eingebüsst, aber noch heute bildet landtäflicher Besitz die Voraussetzung für das Stimmrecht in der Wählerclasse des grossen Grundbesitzes. Die in ihren Anfängen tief in das Mittelalter zurückweisende Rechtsqualität dieser Güter, dem Adel vorbehalten zu sein, musste freilich weichen. Der Erwerb derselben steht heute jedem Staatsbürger zu [1]).

---

als mittels der Landtafel überkommen.« — Der Besitzstand, aus welchem der Landtafelkörper bestand, war aus der Landtafel nicht zu entnehmen, sondern nur aus dem Gültbuche. Für die Frage, was zum Landtafelkörper gehöre, war das Gültbuch, resp. der »ständische Kataster« entscheidend; so auch das Landtafelpatent vom 22. April 1794, das zwar nur für Böhmen und Mähren erlassen wurde, aber auch für andere Provinzen Geltung gewann. Vgl. dazu H. Bartsch, Die Landtafel in ihrer gegenwärtigen Gestalt, 1890, S. 4. — Ueber die ferneren geschichtlichen Beziehungen zwischen Gültbuch, Grundsteuerkataster und Landtafel bis zur Gegenwart vgl. Randa, Eigenthumsrecht a. O. 463 ff., Burckhard, System des österr. Privatrechts, III. Bd., S. 197 ff., 234, 240 ff. und Bartsch a. O. Vgl. ferner oben S. 530, Anm. 1.

[1]) Art. 6 des Staatsgrundges. vom 21. Dec. 1867, n. 142 R.G.B.

Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht

auf dem Gebiete des

österreichischen Staats- und Verwaltungsrechtes.

Von

Professor Dr. **Gustav Seidler.**

»Die gleichmässige, gewohnheitsmässige, in unzähligen Fällen sich wiederholende Verwaltungsthätigkeit des Staates erzeugt zuerst eine Verwaltungstradition, aus dieser entsteht eine Verwaltungsmaxime; indem diese fortwährend geübt wird, führt sie zum Rechte, weil die stetige Uebung eine Entstehungsform des Rechtes ist.«

Josef Unger in seiner Rede im österr. Herrenhause vom 7. Mai 1887. (Protocolle der X. Session 34. Sitzung S. 441.)

I. Stellung des Problems.

Von zwei Fronten her hat die Gewohnheit als Rechtsquelle auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts in den letzten Jahren ihre ganze Existenz bedrohende Angriffe erfahren. Der eine, speciell das österreichische Verwaltungsrecht betreffend, erfolgte von Seite des Verwaltungsgerichtshofes, indem derselbe die Bestimmung des §. 10 unseres allg. bürgerl. Gesetzbuches, dass auf Gewohnheiten nur in jenen Fällen, in welchen das Gesetz sich darauf berufe, Rücksicht genommen werden könne, auf das Verwaltungsrecht in Anwendung brachte [1]). Der andere war ein literarischer Angriff, bezog sich auf das constitutionelle deutsche Verwaltungsrecht im Allgemeinen und ging von Otto Mayer aus, der in seinem deutschen Verwaltungsrechte die Entstehung von Gewohnheitsrecht für die Verwaltung als durch die allgemeinen Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes

---

[1]) Budwinski, Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden mit B. citirt) 1316; siehe auch schon B. 838; wenn der Verwaltungsgerichtshof in einem späteren Falle (B. 2146) eine örtliche Uebung bezüglich der Schnittlänge zu liefernden Klafter-Brennholzes anerkannte, so trat er hiedurch mit seiner Rechtsauffassung nicht in Widerspruch, da es sich nicht um einen durch Gewohnheit entstandenen Rechtssatz, sondern um eine zur Ergänzung des Parteienwillens herangezogene Uebung handelte. Nur insofern ist der Verwaltungsgerichtshof sich in einem concreten Falle nicht consequent geblieben, als er (B. 1503) ein Hofdecret, welches aus Anlass der Recurserledigung in einer speciellen Rechtssache ergangen war, demnach den Character einer allgemein verbindlichen Norm nicht hatte und folgerichtig auch in die Gesetzessammlung nicht aufgenommen worden war, als eine im Sinne des §. 10 cit. ausreichende Berufungsquelle annahm.



von selbst ausgeschlossen erklärte, wovon nur für das öffentliche Verbandsrecht eine Ausnahme bestände [1]).

Beide Angriffe sind für die zukünftige Entwicklung des Gewohnheitsrechtes gefährlich. Da nach §. 7 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof die Administrativbehörden an die Rechtsauffassung dieses Gerichtshofes gebunden sind, so würde, falls derselbe es bei seiner ablehnenden Haltung bewenden liesse, die Gefahr unmittelbar bevorstehen, dass auf dem ganzen grossen Gebiete des Verwaltungsrechtes das ohne gesetzliche Berufung bestehende Gewohnheitsrecht verkümmerte, und dass jede weitere Bildung von Gewohnheitsrecht unterbunden bliebe. Aber auch der bloss literarische Angriff Otto Mayer's ist bei der Aufnahme, welche dieses geistvolle Werk gefunden hat, um so weniger zu unterschätzen, als schon ohnedies in Theorie und Praxis vielfach eine gewisse Abneigung gegen die Rechtsquelle der Gewohnheit besteht. Wenn nun auch Niemand verkennen wird, dass der Gewohnheit in der Gegenwart unserer Rechtsbildung neben dem Gesetze nur eine durchaus secundäre Stellung zukommen kann, so wäre der Schaden, der sich aus der unberechtigten Zurückdrängung dieser Rechtsquelle auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes ergeben würde, doch ein beträchtlicher. Es dürfte daher in Anbetracht der Actualität und Wichtigkeit des Gegenstandes nicht unzeitgemäss sein, wenn im Folgenden der Versuch unternommen wird, die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes zu überprüfen und sohin im Anschluss an die kritische Besprechung der Mayer'schen Lehren principiell die Frage des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes in Erörterung zu ziehen, wobei die nahen Beziehungen des Staats- und Verwaltungsrechtes zu einander es wohl gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn beide Rechtsgebiete unter einem behandelt werden.

---

[1]) a. a. O. S. 132.

II. Praxis des Verwaltungsgerichtshofes.

Schon auf den ersten Blick muss die Anwendung eines so einschneidenden Grundsatzes des bürgerlichen Gesetzbuches, wie es die Ausschliessung des nicht gesetzlich berufenen Gewohnheitsrechtes ist, auf das Verwaltungsrecht höchst bedenklich erscheinen, und dieselbe kann offenbar nur so erklärt werden, dass der Verwaltungsgerichtshof von der Annahme ausging, dass die Einleitung des bürgerlichen Gesetzbuches sich nicht nur auf dieses Gesetz, sondern auf das gesammte Recht beziehe, obgleich die Ueberschrift der Einleitung: »Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt«, von vornherein einer solchen Annahme entgegenstehen musste. Den Verwaltungsgerichtshof hätte aber speciell in Bezug auf §. 10 cit. die Erwägung leiten müssen, dass die Beschränkung des Gewohnheitsrechtes im Verwaltungsrechte auf die Fälle gesetzlicher Berufung ohne gleichzeitige Codification dieses Rechtsgebietes in Wahrheit nichts anderes bedeutet hätte, als in jenen Theilen des Verwaltungsrechtes, in welchen zur Zeit der Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuches gesetzlich nicht berufenes Gewohnheitsrecht galt, tabula rasa zu machen, indem mit dem Gewohnheitsrechte das objective Recht überhaupt aufgehoben worden wäre. Beim bürgerlichen Rechte stand es eben anders, weil dasselbe mit der Beschränkung des Gewohnheitsrechtes gleichzeitig codificirt wurde, und der Gesetzgeber daher überhaupt in die Lage kam, im Einzelnen die Entscheidung zu treffen, ob er sich auf bestehendes Gewohnheitsrecht berufen oder an Stelle desselben eine geschriebene Norm erlassen wolle. Bei den anderen Rechtsgebieten und insbesondere auch beim Verwaltungsrechte war es wohl mehr oder weniger Zufall, ob der Gesetzgeber vor der Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuches Anlass genommen hatte, sich auf Gewohnheitsrecht zu berufen, da er die Tragweite, die einer solchen Berufung im bürger-

lichen Gesetzbuche zuerkannt wurde, doch unmöglich vorher geahnt haben konnte.

Aber abgesehen hievon geht aus den Berathungsprotocollen zum bürgerlichen Gesetzbuche deutlich hervor, dass die Redactoren sich bei Berathung der im Früheren citirten Ueberschrift der Einleitung des bürgerlichen Gesetzbuches darüber vollkommen klar waren, dass diese Ueberschrift mit der Benennung des Gesetzes selbst übereinzustimmen habe, und dass Gesetz und Ueberschrift sich nur auf das Privatrecht beziehen [1]). Ferner ist aus den Berathungsprotocollen zu entnehmen, dass die Formulirung des §. 10 cit. mit Rücksicht darauf gewählt wurde, dass in dem zu erlassenden bürgerlichen Gesetzbuche selbst Berufungen auf Gewohnheiten vorkamen [2]).

Die vorstehenden Ausführungen haben wohl den Beweis erbracht, dass §. 10 cit. über das Privatrecht hinaus nicht angewendet werden darf, und es sei gestattet, hinzuzufügen, dass gerade mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 10 cit. die richtige Abgrenzung des privaten und öffentlichen Rechtes von besonderer Wichtigkeit ist.

---

[1]) J. Ofner, Der Urentwurf und die Berathungsprotocolle des österr. allg. bgl. Gesetzbuches II, S. 330. Pfaff-Hofmann, Commentar I, S. 113.

[2]) Ofner a. a. O. S. 332. Siehe auch A. Menger, System des Civilprocesses S. 83 ff., der schon vor Veröffentlichung der Berathungsprotocolle die Ansicht vertrat, dass §. 10 cit. sich lediglich auf das Privatrecht beziehe, indem er auf den Unterschied der Ueberschriften der Einleitungen im Josephinischen Gesetzbuche »Von den Gesetzen überhaupt« und im geltenden Gesetzbuche »Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt« aufmerksam machte. Auch der Oberste Gerichtshof hat die Möglichkeit von Gewohnheitsrecht ausserhalb des Privatrechtes (Befreiung von Zehnten und Abgaben) principiell angenommen und demselben nur in concreto derogatorische Kraft abgesprochen (Glaser-Unger Nr. 1946). Siehe ferner Joseph Unger in seiner cit. Rede im österr. Herrenhause S. 440. E. Bernatzik, Materielle Rechtskraft S. 108 und F. Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 12 ff., betrachten die Geltung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes als selbstverständlich. Ueber J. Ulbrich, Oesterr. Staatsrecht, und die von demselben gemachten Beschränkungen siehe unten S. 553 Anm. 2.

III. Literatur-Uebersicht.

Es wäre vielleicht am Platze, im Anschlusse an die bekämpfte Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes sofort die Frage zu erörtern, ob das Gesetz überhaupt im Stande sei, das Gewohnheitsrecht in wirksamer Weise auszuschliessen. Allein um des Zusammenhanges willen soll diese Controverse erst an späterer Stelle behandelt werden.

Ehe nun die Ansicht O. Mayer's des Näheren dargelegt wird, dürfte es nicht unangemessen erscheinen, vorerst in aller Kürze über die Stellung der Literatur zu unserem Gegenstande Bericht zu erstatten.

Die Literatur des älteren deutschen Staatsrechtes hatte keine Veranlassung, das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zum Gegenstande einer besonderen Behandlung zu machen. Ebenso, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes war auch im Staatsrechte das Gewohnheitsrecht in seiner normalen Gestalt in vollster Wirksamkeit [1]. Und wenn der absolutistische Polizeistaat der Territorien mit dem Gewohnheitsrechte auf dem Gebiete der Verwaltung willkürlich umsprang, so hatte dies nicht etwa in einer speciellen Eigenschaft dieser Rechtsquelle seinen Grund, sondern in der Natur des Polizeistaates, der auch mit dem gesatzten Rechte nicht besser verfuhr [2]. Erst mit dem Uebergange zum constitutionellen Regierungssystem bot sich Gelegenheit, der Frage näher zu treten, inwieferne diese Regierungsform einen principiellen Einfluss auf das Gewohnheitsrecht genommen

[1]) Auch die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes wurde in der Wahlcapitulation von 1790 II §. 30 ausdrücklich anerkannt: »Was bei vorigen Reichstagen verabschiedet und geschlossen und durch die nachfolgenden Rechtsconstitutionen oder das rechtmässige Reichsherkommen nicht wieder aufgehoben worden.« Ueber die principielle Frage derogirenden Gewohnheitsrechtes siehe unten S. 563 ff.

[2]) Eine Illustration hiefür bei F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechtes S. 449 Note 2.

habe. Hier begegnen wir zuerst Puchta, dessen umfassende Arbeit über das Gewohnheitsrecht auch die staatsrechtlichen Gewohnheiten in constitutionellen Staaten in den Kreis ihrer Erörterungen gezogen hat [1]). Das Problem, dem Puchta hier gegenübersteht, ist von dem auf dem Gebiete des Privatrechtes insoferne verschieden, als es sich nicht um einen historisch zu begründenden Nachweis thatsächlicher Geltung, sondern um eine aprioristische Erörterung über die Möglichkeit zukünftiger Gewohnheitsrechtsrechtsbildung handelt. Gegenüber den unhistorisch entstandenen Verfassungsgesetzen setzt Puchta auf das Gewohnheitsrecht die Hoffnung, dass es den geschriebenen Gesetzen erst ihre volle Kraft geben und eine dauernde Wirksamkeit sichern werde. Hiebei will er nach Ablehnung der zu allgemein und unbestimmt gehaltenen Phrasen »Geist der Constitution« und »öffentliche Meinung«, die von Manchen als dem Staatsrechte eigenthümliche Aeusserungen des Volksgeistes angeführt würden, das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Staatsrechtes ganz in demselben Sinne verstanden wissen, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes [2]). Nur in Bezug auf das Erforderniss, dass der geübte Satz nicht einem höheren, von ihm nicht zu beseitigenden Princip widersprechen dürfe, wird das Verhältniss des Gewohnheitsrechtes gegenüber dem geschriebenen Verfassungsgesetze besonders untersucht, wobei Puchta zu dem Resultate gelangt, dass dieses Erforderniss auch hier bestehe. So werde z. B., so lange die Verfassung eines Staates auf dem monarchischen Princip beruhe, jedes mit diesem unverträgliche Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein. Puchta macht hiezu den characteristischen Zusatz, dass natürlich nicht von jeder Befugniss, die

[1]) 4. Buch 2. Kapitel S. 225 ff.

[2]) Des Interesses wegen sei auf die ablehnende Haltung des Fürsten Bismarck gegen »den angeblichen Geist des constitutionellen Systems« hingewiesen. H. Rosin, Allg. Staatslehre nach Reden u. Schriftstücken des Fürsten Bismarck S. 3.

der Regierung in der Verfassung reservirt sei, behauptet werden könne, dass sie mit jenem Princip in einem wesentlichen Zusammenhang stehe. Schliesslich bemerkt Puchta ausdrücklich, dass keineswegs die Eigenschaft eines höheren Princips jedem in einer geschriebenen Verfassung enthaltenen Satze zugesprochen werden könne.

Es ist nicht möglich, an diesen Ausführungen Puchta's Kritik zu üben, ohne des Näheren auf das vorgebrachte Erforderniss des Gewohnheitsrechtes einzugehen. An jener Stelle, an welcher Puchta ex professo von demselben handelt [1]), führt er aus, es gebe Principien des bestehenden Rechtes, welche gewisse Sätze als mit ihnen schlechterdings nicht verträglich ausschliessen, so dass dieselben nicht einmal als jus singulare neben ihm gedacht werden können. Hier müsse, so lange das Princip selbst unverändert bestehe, der ihm widerstrebende Satz als Rechtssatz für unmöglich gehalten werden, und dies gelte nicht bloss von solchen Grundsätzen, die als unabänderlich zu betrachten seien, sondern auch von denen, welche einer Aufhebung unterliegen, und namentlich durch Gewohnheitsrecht beseitigt werden können. So lange dies nicht geschehen sei, haben die letzteren jene Wirkung mit den ersteren gemein. Als Beispiele der ersteren Art fasst Puchta ins Auge, wenn Jemand sich auf einen Gerichtsgebrauch berufen würde, 1. vermöge dessen der Richter ex clausula generali nach seinem unbeschränkten Dafürhalten in integrum zu restituiren hätte; 2. vermöge dessen einem Gläubiger ex obligatione ein possessorisches Rechtsmittel gegen den Schuldner zu gestatten sei; 3. vermöge dessen gewisse Causen der Cognition der Gerichte gänzlich entzogen und schlechthin der Selbsthilfe anheimgegeben werden sollten — weil dies Gewohnheiten wären, denen vermöge ihrer Irrationabilität unmöglich ein Rechtssatz

[1]) a. a. O. S. 49 ff.

zu Grunde liegen könne. Als zur zweiten Art gehörig, bei welcher das höhere Princip selbst abänderungsfähig sei, führt Puchta das Beispiel an, dass gemeines Recht die Möglichkeit eines particulären über einen gewissen Punkt ausschliesse. So lange der gemeine Rechtssatz bestehe, könne keiner particulären Gewohnheit in einem solchen Punkte Autorität beigelegt werden.

Was die angeführten drei Fälle der ersteren Art betrifft, in denen Gewohnheitsrecht wegen eines entgegenstehenden, unabänderlichen höheren Rechtsprincips sich nicht bilden könnte, so ist es wohl nur schwer denkbar, dass derlei Gewohnheiten sich thatsächlich bilden, und dass man in die Lage versetzt wäre, ihnen nur den rechtlichen Character abzuerkennen. Aber abgesehen von der practischen Unmöglichkeit ist die Unzulässigkeit der Bildung von Rechtssätzen, welche derartigen unabänderlichen Rechtsprincipien, die doch nichts anderes sind, als essentialia der Rechtsordnung überhaupt, widersprechen, nichts dem Gewohnheitsrechte Eigenthümliches. Derlei Rechtssätze könnten auch im Wege der Gesetzgebung verbindlich nicht erlassen werden.

Was aber die Fälle der zweiten Art betrifft, bei denen es sich um Rechtsprincipien handelt, die selbst der Abänderung fähig sind, so hat Puchta es verabsäumt, sich die Frage vorzulegen, woran man es, die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes überhaupt vorausgesetzt, denn erkennen soll, dass die dem höheren Principe widerstreitende Gewohnheit nicht dem Principe selbst derogirt habe. Hätte Puchta sich diese Frage vorgelegt, so wäre er zu dem Schlusse gekommen, dass wegen des Nichtvorhandenseins derartiger Erkennungszeichen es im einzelnen Fall petitio principii wäre, zu behaupten, eine rechtliche Gewohnheit hätte sich wegen des entgegenstehenden Principes nicht bilden können. Dass aber gerade Puchta einem geschriebenen Verfassungsgesetze gegenüber der Bildung von Gewohnheitsrecht eine solche Bedeutung zuerkennt, muss

um so mehr Wunder nehmen, als er an einer anderen Stelle seines Werkes, an welcher er von dem Werthe des Gewohnheitsrechtes von Seite seines Inhaltes handelt, ausdrücklich sagt, dass im Zweifel bei einer Collision der Verfassung und des Gewohnheitsrechtes, weil das letztere aus dem Geiste des Volkes unmittelbar und auf natürlichem Wege hervorgehe, eher ein Grund gegen eine Verfassung liege, welche dem Volk, als gegen ein Volk, welches der Verfassung nicht entspreche [1]. Das von Puchta aufgestellte Erforderniss des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete der Verfassung besteht daher nicht, und die Geschichte lehrt im Gegentheile, dass die Ausgleichung widerstreitender Rechtsprincipien gerade auf dem Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung in aller Regel in allmähligen Uebergängen erfolgt, und nur höchst ausnahmsweise durch eine sprunghafte Ablösung des einen durch das andere.

Was speciell das von Puchta erwähnte Beispiel des monarchischen Princips anbelangt, so bietet die Verfassungsgeschichte der europäischen Staaten mehrfach eine Illustration des allmähligen Zurückweichens dieses Princips vor dem ihm entgegenstehenden der Herrschaft des Parlamentes.

Puchta's Lehre hat eine wesentliche Steigerung erfahren bei Gerber in der Richtung, dass bei diesem die höchsten Principien der Verfassung, welche dem Einflusse der fortschreitenden Rechtsbildung im Staate entrückt sein sollen, durch Gewohnheitsrecht überhaupt nicht abgeändert werden können [2].

Gerber hat damit die Schwierigkeit, welche sich bei der Ansicht Puchta's ergab, im einzelnen Falle zu erkennen, ob die dem höheren Principe widerstreitende Gewohnheit nicht diesem Principe selbst derogirt habe, gründlich beseitigt.

---

[1]) a. a. O. I. Th. S. 221.

[2]) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 12. Uebereinstimmend Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts S. 14.

Irgend einen Grund dafür, dass die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes gegenüber den höchsten Principien der Verfassung schwächer sei, als gegenüber andern Bestimmungen des Verfassungs- und des Gesetzesrechtes, hat Gerber nicht angegeben.

Lüders hat der Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung eine eigene Abhandlung gewidmet, die indess den Gegenstand nicht von principiellen Gesichtspunkten aus behandelt und deshalb ihrer Aufgabe nicht gerecht wird [1]).

In Bezug auf die von Puchta und Gerber behandelte Frage geht Lüders nicht so weit wie diese, und meint, dass nur particuläre und autonomische Gewohnheiten im Widerspruch mit einer Verfassungsbestimmung nicht rechtliche Geltung beanspruchen können [2]). Gegen die fundamentalen Ordnungen unseres Staatswesens sei, wenn der Staat überhaupt einen dauernden Bestand haben solle, ein Widerspruch in den einzelnen Abtheilungen des Staates nicht denkbar. Mache ein solcher in der Praxis sich geltend, oder habe derselbe aus früherer Zeit sich erhalten, so müsse derselbe sofort auf dem Verwaltungswege beseitigt werden.

Gegen diese Ausführungen ist, was das autonomische Gewohnheitsrecht anbelangt, worunter Lüders das Gewohnheitsrecht innerhalb einer Corporation versteht, einfach daran zu erinnern, dass Lüders selbst an einer früheren Stelle seiner Abhandlung die communis opinio ausdrücklich anerkennt, vermöge welcher die Autonomie die durch die allgemeinen Staatsgesetze und namentlich die generellen Gemeindeordnungen gesteckten Grenzen nicht überschreiten dürfe [3]).

---

[1]) Kiel 1863; siehe auch die Bemerkung Otto Mayer's über diese Abhandlung, Verwaltungsrecht I, S. 131, Anm. 19.

[2]) a. a. O. S. 93 ff.

[3]) a. a. O. S. 88. Siehe auch die Entscheidung des preussischen Oberverwaltungsger. v. 14. Sept. 1887, Bd. XV, S. 181.

Es ist daher nur eine nothwendige Folge, dass auch auf dem Wege der Gewohnheit sich Autonomie gegen das Gesetz, geschweige gegen die Verfassung nicht bilden kann. Diese Einschränkung der Bildung von Gewohnheitsrecht durch die Verfassung ist daher eine nur scheinbare.

Was jedoch die Bildung particulären Gewohnheitsrechtes im Widerspruch mit der Verfassung betrifft, so ist diesbezüglich auf die folgende principielle Untersuchung über das Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit zu einander zu verweisen.

Aus jüngster Zeit sind hervorzuheben Laband's Ausführungen über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes, die sich jedoch nicht nur auf das öffentliche Recht beziehen und daher an späterer Stelle zu berücksichtigen sein werden [1]. Alle übrigen Schriftsteller beschränken sich darauf, ohne eingehende grundsätzliche Behandlung die Geltung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes anzuerkennen, beziehungsweise einzuschränken, beziehungsweise zu negiren [2].

Nunmehr soll die Lehre Otto Meyer's zur Darstellung gelangen [3]. Nach diesem sind die Voraussetzungen für die

---

[1]) Staatsrecht des deutschen Reiches II, S. 95 ff.

[2]) R. v. Mohl, Württemb. Staatsrecht I, S. 76, H. Schulze, Preuss. Staatsrecht I, S. 11, G. Meyer, Staatsrecht S. 177, Ders., Verwaltungsrecht I, S. 8, M. v. Seydel, Bairisches Staatsrecht III, S. 549, u. a. anerkennen die Geltung von Gewohnheitsrecht, indem sie zumeist ausdrücklich constatiren, dass demselben gegenüber dem geschriebenen Rechte nur geringe Bedeutung zukomme. Laband (a. a. O.) negirt die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, wie überhaupt, so für das öffentl. Recht. Laband haben sich Zorn, Ulbrich u. a. angeschlossen. Ulbrich (Oesterr. Staatsrecht S. 63) schliesst des weitern Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Verwaltungsstrafrechtes gänzlich aus und bezeichnet als Anwendungsgebiet desselben die Usualinterpretation von Gesetzen, die Ausfüllung von Lücken in der Gesetzgebung und die Entstehung von Observanzen im Schosse der Selbstverwaltungs- und Vertretungskörper. Vollkommen geleugnet wird Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung von Grotefend, Preuss. Verwaltungsrecht S. 37.

[3]) a. a. O. S. 130 ff.

Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes in der Verwaltung ganz andere, als in der Justiz. Diese könne nur auf Grund von Rechtssätzen thätig werden. Fehle gesetztes Recht, so müsse sie Gewohnheitsrecht nehmen. Ganz anders die Verwaltung. Der Polizeistaat habe ohne Rechtsordnung in unserem Sinne verwaltet. Auch im Rechtsstaate sei für die Verwaltung die Rechtsordnung niemals so ganz ihre eigene Daseinsbedingung, wie für die Justiz. Sie erscheine in ihr nur »möglichst«. Soweit kein Rechtssatz da sei, werde doch verwaltet, und es sei auch gut. Die Verwaltung sei also im Gegensatze zur Justiz nicht darauf angewiesen, ein nicht gesetztes Recht in ihrem Gegenstande selbst zu suchen und aufrecht zu halten. Ja noch mehr. Wo gesetztes Recht fehle, da sei es so gewollt und solle ordentlicher Weise so bleiben. Wenn kein gesetzlicher Rechtssatz bestehe, der die Behörde zu gewissen Eingriffen in Freiheit und Eigenthum ermächtige, so beweise das, dass die gesetzgebende Gewalt solche Eingriffe nicht zulassen wollte. Wo bleibe ihr verfassungsmässiger Vorbehalt, wenn die Verwaltung sich die nöthigen Rechtssätze durch längere Uebung selbst erzeugen könnte. Wo andererseits die zur Rechtssetzung berufenen Gewalten den Behörden der vollziehenden Gewalt überlassen haben, nach pflichtmässigem Ermessen im Einzelfall das Gute und Nützliche zu schaffen, da können sich diese nicht unter eine von anderswoher genommene, bindende Regel stellen, um sich der Pflicht und Verantwortlichkeit zu entziehen. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht für die Verwaltung sei durch die allgemeinen Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes von selbst ausgeschlossen. Das gelte jedoch nicht ohne Ausnahme und habe nicht zu allen Zeiten gegolten. Im alten Staatswesen, das durchweg von civilrechtlichen Gedanken beherrscht gewesen, habe Gewohnheitsrecht in reichem Masse gegolten. Der Polizeistaat habe damit aufgeräumt und die Scheidung vollzogen. Für die eigentliche obrigkeitliche

Gewalt gebe es keine Rechtsschranke. Nur in den unterhalb der staatlichen Befehls- und Ordnungsgewalt stehenden Verbänden bleibe Gewohnheitsrecht wirksam. Ebenso in den Beziehungen zwischen Fiscus als Civilrechtssubject und den Einzelnen. Alte Gewohnheit rage damit als eine Rechtsquelle des Verwaltungsrechtes in die Gegenwart herein. Ebenso könne sich heute noch innerhalb eines durch rechtliche Gemeinschaft verbundenen Kreises für die Behandlung der auf diese Gemeinschaft bezüglichen Verhältnisse Gewohnheitsrecht (Observanzen) bilden, weil die Stellung der staatlichen Behörden diesen Rechtsverhältnissen gegenüber der des Civilrichters verwandt sei. Aber auch innerhalb dieses engen Kreises sei die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes durch sein Verhältniss zum Gesetze beschränkt. Die in einzelnen Gesetzbüchern ausgesprochene Beseitigung des Gewohnheitsrechtes überhaupt, auch des ergänzenden, gelte nicht ohne Weiteres auch für das Verwaltungsrecht. Wohl aber verallgemeinere sich von selbst die anderwärts ausgesprochene Unzulässigkeit derogirenden Gewohnheitsrechtes, denn das gesetzte Recht sei unmöglich auf dem Gebiete der Verwaltung seiner Kraft nach geringer.

Wir halten diese Ausführungen O. Mayer's für principiell unzutreffend und haben gegen dieselben insbesondere die folgenden Einwendungen zu erheben:

1. Die zum Schlusse seiner Erörterung ausgesprochene Meinung, dass die in einem einzelnen Gesetzbuche verfügte Beseitigung des derogirenden Gewohnheitsrechtes sich von selbst verallgemeinere, während dies bei der Beseitigung des ergänzenden Gewohnheitsrechtes nicht der Fall sei, beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Verhältnisses von Gesetz und Gewohnheit zu einander.

2. Es ist mit den geschichtlichen Thatsachen im Widerspruche, dass es im absoluten Staate für die eigentliche obrigkeitliche Gewalt keine Rechtsschranke gegeben, und dass Gewohnheitsrecht nur im öffentlichen Verbandsrechte

und in den Beziehungen zwischen Fiscus und Einzelnen bestanden habe.

3. Der verfassungsmässige Vorbehalt, dass Verwaltungshandlungen nicht ohne gesetzliche Ermächtigung vorgenommen werden dürfen, und das freie Ermessen haben nicht die Bedeutung, das Gewohnheitsrecht im constitutionellen Staate auf dem Gebiete der Verwaltung auszuschliessen.

4. Es ist demgemäss keine Ausnahme von der allgemeinen Beseitigung des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete der Verwaltung, dass solches sich im öffentlichen Verbandsrechte bilden kann. Der Erklärungsgrund dieser angeblichen Ausnahme, dass die staatlichen Behörden diesen Rechtsverhältnissen gegenüber eine der Stellung des Civilrichters verwandte Stellung haben, ist an sich zutreffend, bildet aber kein Erforderniss für die Bildung von Gewohnheitsrecht.

Alle hier erhobenen Einwendungen sollen nunmehr im Einzelnen besprochen werden, wobei, wie bereits in der Einleitung bemerkt wurde, die Erörterung sich auf das Staats- und Verwaltungsrecht erstrecken soll.

IV. Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit zu einander.

Die nachfolgende Untersuchung über das Verhältniss der beiden Rechtsquellen zu einander bezieht sich ausschliesslich auf unsere Gegenwart. Die Rechtsbildung geht auf verschiedenen Lebensstufen der Völker verschieden vor sich, und mit Recht hat Zitelmann[1]) der Puchta-Savigny'schen Theorie von der Entstehung des Gewohnheitsrechtes, welche dasselbe als unmittelbaren Ausfluss des Volksgeistes und die Uebung als Anwendung des schon vorhandenen Rechtes betrachtet, den Vorwurf gemacht, dass sie ihre Beobachtungen bloss auf das Kindesalter der Völker beschränkte und die Resultate derselben als für alle Zeiten giltig verallgemeinerte.

[1]) Gewohnheitsrecht und Irrthum, Jahrg. 1883 d. Archiv f. civil. Praxis S. 431 ff.

Um nur die schärfsten Gegensätze der Rechtsbildung in verschiedenen Perioden hervorzuheben, leuchtet es wohl von selbst ein, dass in jenen ersten Entwicklungsstadien des Volkslebens, in welchen die Lebensverhältnisse einfach und durchsichtig, die Ueberzeugung von dem, was Recht ist, unmittelbar und allgemein lebendig, objectives und subjectives Recht noch nicht von einander geschieden sind, die Rechtsbildung eine ganz andere ist, als in dem complicirten und mannigfach differenzirten, kaum übersehbaren Getriebe des Volkslebens unserer Tage, in welchem die Scheidung von Rechtsbildung und Rechtsanwendung das wichtigste Princip für die Organisation der Staatsgewalt bildet. Die Stellung der Gewohnheit als ausschliesslich herrschende und als secundäre Rechtsquelle neben der Gesetzgebung kennzeichnet bei uns die beiden Endpunkte der Entwicklung.

Unser Urtheil über dieses Resultat der Entwicklung muss wesentlich von dem speciellen Werdegang in den einzelnen Staaten abhängen. Denn absolut betrachtet, haben beide Rechtsquellen ihre Licht- und Schattenseiten. Welche Kraft der Ueberzeugung wohnt dem Gewohnheitsrecht inne, das die Rechtsgenossen sich unter steter Mitwirkung erarbeitet haben, und das als ein Theil ihrer Lebensanschauung mit ihnen gewachsen ist! Wie fremd und oft apathisch steht dagegen die Masse dem Gesetzesrechte gegenüber, wie wird es, weil es nicht verstanden wird, vielfach als Willkür und Rechthaberei gefürchtet! Wer wollte andererseits die grossen Nachtheile verkennen, welche das Gewohnheitsrecht mit seinem unvermeidlichen Gefolge, dem Mangel an Sicherheit und Einheit des Rechtes hervorruft. Man denke nur an die Zeit unmittelbar vor der Erlassung der Zwölftafelgesetze in Rom, um zu begreifen, dass die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes durch bösen Willen bis zur Unerträglichkeit gesteigert werden kann. Wie leicht aber kann wiederum der Vortheil der Rechtseinheit in den Fehler schablonenhafter Gleichstellung an sich ungleicher Verhältnisse verfallen.

Am glücklichsten war der Entwicklungsgang bei denjenigen Völkern, bei welchen die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes durch Rechtsaufzeichnungen oder Codificationen, die anfänglich von einander nicht zu unterscheiden sind [1]), behoben wurde, während die zeugende Kraft des Gewohnheitsrechtes selbst unbehindert erhalten blieb. So sehen wir in Rom nach dem Zwölftafelgesetz [2]), in England nach den theils officiellen, theils privaten Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen [3]), in Frankreich nach den officiellen Rechtsaufzeichnungen [4]) die Gewohnheit im Anschluss an das bestehende Recht ihre schöpferische Kraft weiter entfalten. Leider wurde in Deutschland in Folge der Reception des römischen Rechtes und in Folge der politischen Verhältnisse [5]) eine gleiche Behauptung des nationalen Gewohnheitsrechtes unmöglich gemacht.

---

[1]) Mit Recht sagt Savigny, Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Aufl. S. 19: »Wir würden viele Mühe gehabt haben, unseren Vorfahren den Unterschied eines Rechtsbuches als einer Privatarbeit von einem wahren Gesetzbuche deutlich zu machen, den wir als so natürlich und wesentlich denken.«

[2]) Es ist bekannt, dass das Zwölftafelgesetz der Ausgangspunkt der gesammten, sich unmittelbar an dasselbe anschliessenden Rechtsentwicklung wurde, indem Gericht und Wissenschaft mittelst Analogie und schöpferischer Neugestaltung die Bestimmungen des geschriebenen Rechtes sinngemäss erweiterten und fortbildeten, worin das Wesen der specifischen interpretatio legis XII tabularum gelegen ist. Puchta, Institutionen §. 78; Jhering, Geist des römischen Rechtes, 2. Aufl., II, S. 61.

[3]) Stephens' Commentaries of the laws of England (7. Aufl.), I, S. 49 ff. Auch in der Gegenwart prävalirt in England, insbesondere im öffentlichen Rechte die Gewohnheit als Rechtsquelle so sehr, dass man nach E. Boutmy, Études de droit constitutionnel S. 25 von ergänzendem Gesetzesrechte sprechen kann.

[4]) Artikel »coutume« im Dictionnaire de l'administration française von Maurice Block.

[5]) Vor Allem waren es die nach absoluter Macht strebenden Landesfürsten, welche, gestützt auf die Theorie des canonischen Rechtes, dass die gesetzgebende Kirchengewalt befugt sei, die Gewohnheiten auf ihre ratio oder justa causa zu überprüfen und böse oder unvernünftige Gewohnheiten abzuschaffen, das Gewohnheitsrecht bekämpften. Beispiele ausdrücklicher Abschaffung von Gewohnheiten auf Grund kaiserl. Machtvollkommenheit schon

Für eine Periode so entwickelten Verkehrs, wie ihn unsere Gegenwart besitzt, muss es jedoch schwer fallen, mit der blossen Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht auszukommen, und der Umstand, dass auch das in seinem Rechtsleben so überaus conservative England nunmehr mit dem Gewohnheitsrecht nicht mehr ausreicht und zu Codificationen zu schreiten bemüssigt ist, spricht am lautesten für die Unzulänglichkeit dieser Rechtsquelle in unserer Zeit.

Speciell in einem aus so heterogenen Elementen zusammengesetzten Staatswesen, wie es Oesterreich ist, musste das sich vorzugsweise doch nur particulär bildende Gewohnheitsrecht auch aus dem Grunde beseitigt werden, um durch einheitliche Codificationsacte gleiches Recht für alle unter dem Scepter der Dynastie vereinigten Länder zu erreichen [1]).

---

aus dem 15. Jahrhundert bei Puchta a. a. O. II, S. 52, Anm. 60. — Es ist eine gewiss interessante Parallele, dass Karl der Grosse, Ferdinand II. von Oesterreich und Friedrich der Grosse gleichmässig das Gewohnheitsrecht in der Weise zu beseitigen streben, dass sie Fälle, hinsichtlich deren im Gesetze nichts vorgesehen sei, ihrer Entscheidung vorbehalten. Bezügl. Karl's des Grossen siehe das bei Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Kirche und Staat S. 60 abgedruckte Capit. a. 875 c. 1 (Pertz I, 529): »Sed tantum secundum scripturam judicent, ut nullatenus audeant secundum arbitrium suum judicare, sed discant pleniter legem scriptam. De quo autem non est scripta, hoc nostro consilio offeratur.« Hinsichtlich Ferdinand's II. kommt die verneuerte Landesordnung für Böhmen vom Jahre 1627 in Betracht, in der der König sich vorbehält, in jenen Fällen, die in der Landesordnung nicht ausdrücklich vorgesehen sind und die bisher nicht durch geschriebenes Recht, sondern nach Befund der Rechtsbeisitzer und auf vorher ergangene praejudicia erörtert worden, durch constitutiones regias zu entscheiden. — Ueber die gleichartige Verfügung Friedrich's II. siehe Savigny a. a. O. S. 88. — Noch sei daran erinnert, dass auch die Brünner Redactoren des österr. bürgerl. Gesetzbuches auf demselben Standpunkte standen. Pfaff-Hofmann, Commentar I, S. 223.

[1]) Schon Maximilian I. hatte 1517 für die fünf n.ö. Lande eine gemeinsame Bergordnung erlassen. Nach Bidermann, Geschichte der österr. Gesammtstaatsidee, waren die Codificationsacte Ferdinand's I. (Polizeiordnung von 1542 für die nieder- und innerösterr. Lande einschliesslich Görz, das Hausirpatent von 1544 u. dgl. a. a. O. I, S. 15) und Karl's VI. (a. a. O. S. 61 ff.) bewusst centralisirende Massnahmen dieser Regenten. Die eigentliche Verwirklichung findet jedoch diese Tendenz erst in den grossen Codi-

Wie dem auch sei, muss es als ein grosses Verdienst der historischen Schule der Rechtswissenschaft in Deutschland bezeichnet werden, das Gewohnheitsrecht in seinem inneren Werthe erkannt und auf die grosse Bedeutung desselben in der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes hingewiesen zu haben.

Dass die liebevolle Vertiefung in die Geschichte des Rechtes, der die deutsche Rechtswissenschaft zu Beginn unseres Jahrhunderts ihre Wiedergeburt verdankt, zur Ueberschätzung des Gewohnheitsrechtes führte, kann nicht überraschen. Indem die historische Schule gegenüber einer Gegenwart, welche in dem Rechte nur den Willensausdruck eines über dem Volke stehenden autokratischen Regimentes respectirte, den lebendigen Zusammenhang des Rechtes mit

---

ficationen Maria Theresia's und Joseph's II., welche das Gewohnheitsrecht direct ausschliessen. So beseitigen die Militärgrenzrechte vom 18. Juni 1754 und das Theresianische Strafgesetz das Gewohnheitsrecht. Desgleichen schliesst die Josephinische Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 im Kundmachungspatente, sowie im §. 437 jeden »widrigen Gebrauch« aus (die entgegengesetzte Ansicht vertritt A. Menger, System des österr. Civilprocesses I, S. 83 ff., dagegen Max Burckhard, System I, S. 137). Das Josephinische bürgerl. Gesetzbuch vom 1. Nov. 1786 bezeichnet die Bildung von Gewohnheitsrecht in §. 9 geradezu als ein strafbares Beginnen und bestimmt in §. 11, dass auf Gewohnheitsrecht nur dann gesehen werden könne, wenn ein Gesetz zwar die Hauptsache entscheidet, in Betreff der Umstände aber sich auf den Landesgebrauch und die bisherige Beobachtung bezieht. Das westgalizische Gesetzbuch (I, §. 22) verbietet gleichfalls, auf Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen und gestattet nur die Usualinterpretation. Ueber den §. 10 des geltenden bgl. Gesetzb. siehe oben S. 546. — Die deutschen Gesetzgebungen dieser Zeit ausserhalb Oesterreichs nehmen im Ganzen keinen so schroffen Standpunkt gegen das Gewohnheitsrecht ein. So schliessen das preussische Landrecht (Einleitung §. 60) und das sächsische Gesetzbuch (§. 28) das Gewohnheitsrecht contra legem aus; das badische Landrecht (Art. 6d) anerkennt Gewohnheitsrecht als Auslegungsmittel von Gesetzen und Verträgen; das bairische Landrecht (I, 2, §. 15) endlich lässt Gewohnheitsrecht zu und führt die Geltung desselben auf die muthmassliche Uebereinstimmung mit dem Willen des Landesfürsten zurück. — Der Code Napoleon beruft sich in einigen Artikeln auf Gewohnheitsrecht, ohne principiell eine Bestimmung über dasselbe zu treffen, so dass die principielle Geltung bestritten ist.

dem Volksgeiste erkannte, konnte sie leicht dazu gelangen, sich gegen die Rechtssatzung allzu ablehnend zu verhalten. Der Uebergang zu der constitutionellen Regierungsform, der sich seitdem in Deutschland und Oesterreich vollzogen hat, gewährt durch die organische Verbindung des Volkes mit der Gesetzgebung die Möglichkeit, dass auch durch diese die aus dem Volksgeiste hervorquellenden Rechtsideen in positives Recht umgesetzt werden können, so dass die Gesetzgebung sich nicht, wie Savigny gemeint hat, auf die Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht und die Entscheidung von Controversen zu beschränken braucht [1]. Man kann sich daher auch vom Standpunkte der historischen Betrachtungsweise des Rechtes dabei beruhigen, dass das Gewohnheitsrecht auf den Altentheil einer secundären Rechtsquelle gesetzt wurde. Dagegen schliesst es eine ernste Gefährdung des Rechtslebens in sich, das Gewohnheitsrecht auch dort auszuschliessen, wo sich im Gesetzesrechte selbst Lücken finden, wie sich dies im Folgenden ergeben wird [2]. Eine solche Ausschliessung ist um so weniger berechtigt, als sich die Gewohnheit vermöge ihrer secundären Stellung im Verhältnisse zum Gesetze regelmässig nur zu dem Zwecke der Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung, als parallel fliessende Rechtsquelle bethätigen wird. Je mehr es aber dem Gesetzgeber darum zu thun ist, die Gewohnheit zu beseitigen, desto weniger darf er übersehen, dass auch die gelungenste Codification nur den Bedürfnissen ihrer Zeit Genüge zu thun vermag, und dass daher die Nothwendigkeit besteht, durch periodische Revision und Ergänzung der Gesetze der fortdauernd im lebendigen Flusse befindlichen Rechtsentwicklung Rechnung zu tragen.

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 132 hat hiebei wohl ausschliesslich an das Privatrecht gedacht. Allein selbst für dieses hat die Gesetzgebung schöpferische Aufgaben in genügender Zahl.

[2]) Gierke, System des deutschen Privatrechtes I, S. 174; Ders., Der Entwurf eines bgl. Gesetzbuches S. 124 ff.

Indem wir uns nun der dogmatischen Seite des Verhältnisses von Gesetz und Gewohnheit zu einander zuwenden, haben wir die nachstehenden zwei Fragen zu beantworten: 1. Wie steht es mit der derogatorischen Kraft der Gewohnheit? 2. Vermag der Gesetzgeber die Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro wirksam zu untersagen?

Es würde zu weit führen, wollten wir zur Beantwortung dieser Fragen auf die verschiedenen Theorien über den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes eingehen. Es möge daher gestattet sein, diesbezüglich auf Zitelmann[1]) zu verweisen und sich hier darauf zu beschränken, die eigene Grundanschauung, welche den Ausgangspunkt der folgenden Erörterung bildet, kurz zu kennzeichnen.

Nach dieser Grundanschauung ist die Gewohnheit eine originäre und nicht etwa eine von dem Gesetze abgeleitete Rechtsquelle. Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes ist daher in diesem selbst gelegen. Die staatliche Anerkennung ist ein wesentliches Merkmal alles Rechtes und daher auch des Gewohnheitsrechtes. Diese ist aber nicht so zu denken, wie die Anhänger der sog. Gestattungstheorie meinen, dass es dem Staate frei stehe, dem aus der Gewohnheit hervorgegangenen abstrakten Satze die Anerkennung als Rechtssatz zu gewähren oder zu versagen. Worauf es ankommt, ist vielmehr, dass die einzelnen Acte, deren Uebung die Bildung der Gewohnheit bewirkt, vom Staate als rechtmässig anerkannt sind. Ist dies der Fall, dann ist die Gewohnheit eo ipso Rechtsgewohnheit.

Die Entstehung des Gewohnheitsrechtes geht nach dem Gesagten in der Weise vor sich, dass, wenn die concreten Rechtsverhältnisse einer Kategorie seit Menschengedenken gleichartig gestaltet worden sind, der denselben zu Grunde

---

[1]) Zitelmann in der citirten Abhandlung; eine kurze und übersichtliche Darstellung der verschiedenen Theorien bei Gierke, System des deutschen Privatrechtes I, S. 162 ff.

liegende abstrakte Satz allgemein als objectives Recht anerkannt wird. Dieser Uebergang von der Geltung eines Satzes in concreten Fällen zur Geltung als Norm für alle künftigen Fälle ist nur volkspsychologisch zu erfassen und beruht auf der individualpsychologischen Anlage der Menschen, sich aus den Erfahrungen der Vergangenheit die Regeln für das Verhalten in der Zukunft zu bilden [1].

ad 1. Die Frage nach dem Grunde der derogatorischen Kraft der Gewohnheit gehört zu den schwierigsten Problemen der Rechtswissenschaft. Die Thatsache, dass Gesetzesrecht ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers ausser Kraft tritt und durch Gewohnheitsrecht ersetzt wird, ist als solche nicht zu bestreiten, steht aber mit unserer Anschauung von der bindenden Kraft der Gesetze im directen Widerspruche. Laband [2]) sucht nun im Anschluss an die ältere Lehre, dass Gesetzes- und Gewohnheitsrecht Ausfluss eines und desselben staatlichen Willens sind, die Schwierigkeit dadurch zu lösen, dass er das Ausserkrafttreten des Gesetzesrechts auf den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers selbst zurückführt. Wenn die Voraussetzungen nicht mehr bestehen, für welche allein der Gesetzgeber das Gesetz erlassen habe, so habe dasselbe seine Kraft verloren. Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes reducire sich daher auf die Interpretation des Gesetzes und auf die Regel, dass das Gesetz auf solche Fälle nicht anzuwenden sei, auf welche es selbst nicht angewendet werden wolle.

Diese Beweisführung ist insofern richtig, als es thatsächlich Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes gibt, in welchen vermöge der geänderten Voraussetzungen angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber selbst das Ausserkrafttreten des entgegenstehenden Gesetzes stillschweigend gewollt habe.

---

[1]) Ueber diesen psychologischen Vorgang siehe Zitelmann a. a. O. S. 446 ff. und Carl Menger, Untersuchungen S. 271 ff.

[2]) a. a. O.

Allein unrichtig ist die Verallgemeinerung dieses Erklärungsgrundes auf alle Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes und die Meinung, hiedurch das Problem erschöpfend gelöst zu haben. Denn es gibt Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes, bei welchen die Voraussetzungen, unter denen das derogirte Gesetz erlassen wurde, eine Aenderung nicht erfahren haben, und auf welche daher dieser Erklärungsgrund nicht angewendet werden kann.

Es ist naheliegend, dem Gedankengange Laband's Folge leistend, vor allem nach weiteren Erklärungsgründen zu suchen, bei welchen die Schwierigkeit, dass Gesetze gegenüber dem Gewohnheitsrechte ohne Dazuthun des Gesetzgebers ihre bindende Kraft verlieren, gleichfalls dadurch behoben wird, dass die Annahme berechtigt erscheint, die Gesetze haben nicht in Folge der entgegenwirkenden Gewohnheit ihre Kraft verloren, sondern das entgegengesetzte Gewohnheitsrecht habe sich bilden können, weil die im Wege stehenden Gesetze keine Wirksamkeit mehr besessen hatten. Thatsächlich lassen sich noch mehrere derartige Erklärungsgründe auffinden. Erstens, wenn in Folge eines allgemeinen Rechtsirrthums die Nichtgeltung des entgegenstehenden Gesetzes angenommen wurde, wie z. B. wenn allgemein irrthümlich geglaubt wurde, ein Gesetz sei durch ein späteres Gesetz aufgehoben worden oder bei constant irrthümlicher Interpretation eines Gesetzes [1]; zweitens, wenn das entgegen-

[1]) Der Rechtsirrthum der Nichtgeltung eines Gesetzes ist verwandt mit dem Rechtsirrthum der Geltung eines Nichtgesetzes, welcher gleich jenem zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen kann, indem dasjenige, was ursprünglich als Putativgesetz galt, mit der Zeit die Kraft von Gewohnheitsrecht erhält und als solches, wie Zitelmann a. a. O. überzeugend nachgewiesen hat, auch nach Aufdeckung des Irrthums in Geltung bleibt. Das grossartigste Beispiel hiefür bietet wohl die Reception des römischen Rechtes in Deutschland. Das Richteramt war nicht, wie Bülow, Gesetz und Richteramt S. 24 ff., meint, selbst die Rechtsquelle, sondern nur das Organ der Verwirklichung dieses Putativgesetzes. Siehe auch Zitelmann a. a. O. S. 351. Geleugnet wird

stehende Gesetz vorerst in Vergessenheit gerathen war[1]); drittens, wenn man vermöge des Inhaltes eines Gesetzes nicht annehmen konnte, dass der Gesetzgeber es ernstlich gewollt habe[2]).

Was insbesondere den an zweiter Stelle angeführten Erklärungsgrund betrifft, so bieten die Gesetzessammlungen der vielgeschäftigen und vielnormirenden Periode des Polizeistaates überaus zahlreiche Beispiele von Gesetzen, denen das wohlverdiente Schicksal, der Vergessenheit anheimzufallen, zu Theil wurde[3]).

---

die Annahme eines Putativgesetzes als wirksame Kraft der Reception von G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, im 27. Bd. der Jahrbücher f. Dogmatik etc. S. 200. Das preussische Oberverwaltungsgericht hat auch nach Zitelmann's Abhandlung (Entsch. v. 30. Juni 1886, Bd. XIII, S. 248 und Entsch. v. 14. Sept. 1887, Bd. XV, S. 181) daran festgehalten, dass eine auf Irrthum beruhende Ueberzeugung kein Gewohnheitsrecht begründe, nachträglich aber die entgegengesetzte richtige Ansicht sich zu eigen gemacht (Entsch. v. 29. Oct. 1887, Bd. XV, S. 222). Im Irrthum ist Lüders a. a. O. S. 95, wenn er an dem Beispiele der octroirten Verfassung von Hannover darthun will, dass ein octroirtes Gesetz auch erst durch Gewohnheit Recht werde. Hier liegt vielmehr ein wirkliches Gesetz mit vorhergegangenem Rechtsbruch vor, wobei mit der Zeit das ursprünglich erzwungene Gesetz im Volksbewusstsein Wurzel fasste. Einen analogen Fehler unzulässiger Verallgemeinerung wie Laband begeht Burckhard a. a. O. S. 62 u. 63, wenn er Irrthum als allgemein nothwendige Voraussetzung für die Entstehung derogirenden Gewohnheitsrechtes ansieht.

[1]) Dieser Erklärungsgrund findet sich wiederholt in der Literatur angedeutet. Siehe insbesondere Wendt im 22. Bd. des Jahrbuchs f. Dogmatik etc. S. 328.

[2]) Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen S. 77, theilt ein preussisches Edict aus dem Jahre 1739 mit, welches decretirte, dass »wenn ein Advocat oder Procurator oder ander dergleichen Mensch . . . Leute aufwiegeln würde, um in abgethanen und abgedroschenen Sachen Sr. Maj. immediate Memoralia zu übergeben, alsdann S. M. einen solchen Advocaten . . . ohne alle Gnade und Pardon aufhängen und neben ihm einen Hund hängen lassen wollen«. Ein solches Gesetz konnte man wohl nicht Ernst nehmen.

[3]) Aus der bunten Menge derartiger österreichischer Gesetze, wohin auch die alten Kleider- und Luxusordnungen, insofern dieselben nicht etwa ausdrücklich aufgehoben wurden, gehören, seien angeführt: 1. Verordn. v. 9. Januar 1764, dass die Aerzte den Kranken bei der dritten Visite die heiligen Sacra-

Ohne Zweifel werden Gesetze um so weniger in der angegebenen Weise ausser Kraft treten und der Bildung entgegengesetzten Gewohnheitsrechtes Raum gewähren, je fester dieselben im Rechtsbewusstsein des Volkes wurzeln und je stärker die ihnen zukommende Autorität ist. Diese Erkenntniss war es, welche Puchta und Gerber zu ihren an früherer Stelle besprochenen Beschränkungen der derogirenden Kraft des Gewohnheitsrechtes gegenüber den Verfassungsgesetzen geführt hat [1]).

Die angeführten Erklärungsgründe reichen jedoch insgesammt nicht aus, um alle Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes in dem erörterten Sinne erklären zu können. Es gibt vielmehr thatsächlich Fälle, in welchen man zur Annahme gezwungen ist, dass das Gesetzesrecht direct durch die entgegenwirkende Gewohnheit beseitigt wurde. Wenn Laband meint, dass, solange der Staat seinen Befehl, dass ein gewisser Rechtssatz gelten solle, aufrecht erhält, Unterthanen und Behörden diesen Befehl nicht unbeachtet lassen und noch weniger ihn durch Nichtbefolgung aufheben können, so ist das eine petitio principii. Das eben ist die Frage, die erst zu entscheiden ist, ob das, was im Widerspruche mit dem Gesetze geschieht, unter allen Umständen und für alle Zeiten Unrecht bleibt? Mit allem Nachdrucke muss es gesagt werden, dass die Gesetzgebung allein der rechtmässige Weg ist, auf welchem der Widerspruch des Volksbewusstseins gegen ein ungeeignetes Gesetz seine Befriedigung zu finden hat, und dass es Pflicht der Behörden ist, jeder dem Gesetze widerstreitenden Uebung, möge dieselbe auch nach ihrer Ansicht weit gerechter und

---

mente haben reichen zu lassen (Ges.Sammlg. Maria Theresia's IV, S. 261); 2. Hofdecret v. 14. Aug. 1783, dass Mädchen mit Mieder nicht in die Schulen aufgenommen und dort nicht geduldet werden sollen (Ges.Sammlg. Joseph's II. Bd. I, S. 372); 3. Hofkzldcr. v. 13. Sept. 1798, dass in Kaffeehäusern literarische Journale nicht gehalten werden dürfen (Ges.Sammlg. Franz' I., XIII, S. 51).

[1]) Siehe oben S. 551.

zweckmässiger sein als die Erfüllung des Gesetzes, entgegenzutreten. Wenn die Behörden diese Pflicht erfüllen, dann kann dem Gesetze derogirendes Gewohnheitsrecht nicht entstehen, denn es gibt kein Recht ohne staatliche Anerkennung.

Allein wenn die thatsächliche Rechtsanwendung von Unterthanen und Behörden übereinstimmend das dem Volksbewusstsein widerstreitende Gesetz fallen lassen und seit Menschengedenken constant eine abweichende, entsprechende Uebung an seine Stelle gesetzt hat, dann darf die Jurisprudenz ihre Aufgabe nicht darin erblicken, das Leben meistern zu wollen, sondern hat die Erklärung dafür zu suchen, wie es möglich ist, dass eine Rechtsgewohnheit im Widerspruche zum Gesetze sich bilden kann [1]).

Diese Erklärung ist nun einfach die, dass es sich bei dem ganzen Vorgange um nichts anderes handelt, als um Rechtsbruch mit nachfolgender Bildung von entgegengesetztem Gewohnheitsrecht, also gewissermassen eine Revolution milder Form, im kleinen Rahmen der Gestaltung einzelner Rechtssätze.

Haben Unterthanen und Behörden seit Menschengedenken

---

[1]) In Oesterreich besteht diesbezüglich eine verschiedene Auffassung beim Verwaltungsgerichtshofe und beim Obersten Gerichtshofe. Der Verwaltungsgerichtshof hat constant gesetzwidrige Uebungen (von seinem Standpunkte aus naturgemäss nur in jenen Fällen, in welchen sich ein Gesetz auf Gewohnheitsrecht beruft) als zur Bildung von Gewohnheitsrecht untauglich zurückgewiesen. Siehe aus vielen Entscheidungen nur die B. 1304, 1866, 4859, 4860. Dagegen hat der Oberste Gerichtshof (Glaser-Unger 12 102) derogatorisches Gewohnheitsrecht gegen den §. 406 der alten Civilprocessordnung (actorische Caution von Ausländern betreffend) zugelassen. Das preussische Oberverwaltungsgericht erklärt derogatorische Gewohnheiten für unzulässig (Entsch. vom 22. Mai 1886, Bd. XIII, S. 290). Boutmy a. a. O. S. 117 erwähnt als bemerkenswerthe Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes, dass in den Vereinigten Staaten Nordamerikas sich hinsichtlich des Vorganges bei der Präsidentenwahl, hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Senates, hinsichtlich der Priorität der Abgeordnetenkammer in Bezug auf Geldbewilligungsvorlagen vor dem Senate ein der geschriebenen Verfassung widerstreitendes Gewohnheitsrecht gebildet habe.

constant eine gesetzwidrige Uebung vorgenommen, bezw. geschehen lassen, und zwar in der Weise, dass die gesetzwidrige Uebung in jedem einzelnen Fall formelle Rechtskraft erlangt hatte, dann schwindet allmählig das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit, und es drängt sich mit Nothwendigkeit dem Volke die Ueberzeugung auf, dass nicht die früher erlassene gesetzliche Norm, sondern der den späteren concreten Rechtsgestaltungen zu Grunde liegende abstrakte Satz Recht ist. Das Volksbewusstsein kennt nur einen einheitlichen Staatswillen und versteht die Subtilität nicht, dass dasjenige, was Staatsorgane in tausend Fällen als Recht erkannt haben, doch nicht Recht sein soll, weil es einer früheren Aeusserung eines höheren Staatsorganes widerspricht.

Hiebei haben wir uns das Ausserkrafttreten des Gesetzes nicht als Aufhebung des gesetzgeberischen Willens durch einen entgegengesetzten Willen zu denken, sondern der gesetzgeberische Wille ist im speciellen Falle ohnmächtig und unwirksam geworden, weil der Glaube an seine Geltung in Folge seiner Nichtbeachtung dem Volke abhanden gekommen ist. Die Kraft des Gesetzes hat sich in den concreten Fällen zu bewähren. Hat sie hier constant versagt, dann muss nothwendig das Vertrauen in dieselbe schwinden. Die Bildung von derogirendem Gewohnheitsrecht ist aber aus diesem Grunde zugleich eine Gefahr für das ganze Institut der Gesetzgebung. Würden sich die Fälle häufen, in denen Gesetze gewohnheitsrechtlich derogirt werden, dann würde das Vertrauen in die Kraft des gesetzgebenden Willens selbst erschüttert werden. Es kann daher die Mahnung nicht ernst genug erhoben werden, bei der Gesetzgebung Vorsicht walten zu lassen, ungeeignete Gesetze nicht zu decretiren und unzeitgemässe Gesetze nicht fortbestehen zu lassen, welche Unterthanen und Behörden in die Versuchung führen, das Gesetz zu übertreten oder doch zu umgehen.

Nunmehr erübrigt noch, zu der in Früherem erwähnten

Ansicht Lüders'[1]), dass sich gegen die Verfassung nicht particuläres Gewohnheitsrecht bilden könne, Stellung zu nehmen. Diesbezüglich muss unterschieden werden. Handelt es sich um einen Rechtssatz der Verfassung, welcher den Staat als Ganzes betrifft, wie z. B. die rechtliche Stellung des Monarchen, so kann naturgemäss eine particuläre Derogirung nicht eintreten. Handelt es sich dagegen um einen Rechtssatz, der Verhältnisse regelt, die sich particulär innerhalb des einzelnen Kreises ausleben, wie z. B. Wahlvorgänge, so ist nicht abzusehen, warum nicht particuläre Verschiedenheiten auf dem Wege der Gewohnheit sich ebenso gut bilden können, wie auf dem Wege der Gesetzgebung.

ad 2. Was die zweite der oben aufgeworfenen Fragen betrifft, inwiefern das Gesetz die Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro wirksam untersagen könne, so stimmen wir Eisele und Gierke bei, die im Widerspruche mit der herrschenden Lehre ein derartiges gesetzliches Verbot als unverbindlichen Gesetzesinhalt ansehen[2]), wenngleich wir Eisele's Begründung nicht zu folgen vermögen. Eisele geht nämlich von der Theorie der römischen Juristen aus, dass der das Recht schaffende Wille der Rechtsgemeinschaft bei beiden Rechtsquellen derselbe und der Unterschied nur darin gelegen sei, dass die Gesetzgebung sich in Worten, die Gewohnheit sich in Handlungen äussere[3]). Hieraus ergebe sich der Schluss, dass das gesetzliche Verbot des Gewohnheitsrechtes durch die spätere Bildung desselben unwirksam werde. Gegen den Einwand, dass hiebei eine Verwechslung des organi-

---

[1]) Oben S. 552.

[2]) Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt S. 18 ff., revidirt und erweitert im 69. Bd. des Arch. f. d. civil. Praxis S. 275 ff. O. Gierke a. a. O. Von Aelteren hatte schon Puchta, Institutionen I. S. 220 das Verbot von Gewohnheitsrecht für unwirksam erklärt.

[3]) Ulp. 1, 4. L. 32 §. 1 u. l. 35 D. leg. 1, 3. Ueber die Gründe, aus welchen Puchta und Savigny leugneten, dass dies die Theorie der römischen Juristen sei, siehe Zitelmann a. a. O. S. 365, Anm. 50.

sirten Volkswillens, wie er bei der Gesetzgebung erscheint, mit dem das Gewohnheitsrecht erzeugenden, nicht organisirten Willen der Volksgenossen vorgenommen werde, sucht Eisele sich dadurch zu schützen, dass er die bei der Bildung von Gewohnheitsrecht betheiligten Einzelnen als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft hinstellt. Allein die Fiction, welche in der Gleichstellung des Willens des Gesetzgebers und der das Gewohnheitsrecht bildenden Einzelnen gelegen ist, ist hiedurch nicht zu retten. Denn offenbar haben der Wille des Gesetzgebers und der Wille der Einzelnen bei der Rechtsübung einen ganz verschiedenen Inhalt. Der erstere will objectives, der letztere will immer nur Recht in concreto. Aber auch abgesehen hievon, muss man vom Standpunkte Eisele's nothwendigerweise zugeben, dass die Einzelnen als Repräsentanten der Gemeinschaft den souveränen Organen des Staatswillens — und das sind die gesetzgebenden Organe — untergeordnet sein müssen, wenn anders die Einheit der Staatspersönlichkeit nicht verloren gehen soll. Zwei gleichgeordnete, rechtschaffende Organe sind im Staate ebenso unmöglich wie zwei Souveräne. Der Wille der Einzelnen vermöchte daher nach dieser Auffassung nicht dem Willen des Gesetzgebers zu derogiren.

Vielmehr ist die gesetzliche Ausschliessung der Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro aus dem einfachen Grunde unverbindlicher Gesetzesinhalt, weil die Bildung von Gewohnheiten ein der Gesetzgebung entrückter, psychologischer Process ist. Dies hat auch Unger richtig erkannt, jedoch die sich hieraus ergebende Folgerung dadurch zu beseitigen gesucht, dass er annahm, dass die sich bildenden Gewohnheiten in Folge der gesetzlichen Ausschliessung nicht den Character von Rechtsgewohnheiten haben [1]). Nun ist aber nicht ein-

[1]) System I, S. 36 ff., insbes. Note 16. Siehe auch A. Merkel, Encyclopädie §. 115; Zitelmann a. a. O. S. 467.

zusehen, was Gewohnheiten, die sich in der Rechtsanwendung herausgebildet haben, denn anderes sein sollen, als Rechtsgewohnheiten. Worauf es bei der Bildung von Gewohnheitsrecht ankommt, ist, wie bereits im früheren bemerkt wurde, dass die einzelnen Uebungen in concreto Recht waren; waren sie es, so kann aus dem von Unterthanen und Behörden constant geübten Rechte nur eine Rechtsgewohnheit hervorgehen. Allein auch wenn man ein derartiges Verbot des Gesetzgebers als verbindlich ansieht, so kann dasselbe gewohnheitsrechtlich aufgehoben werden. Es ist auch hier auf dasjenige zu verweisen, was in Bezug auf die Auffassung des Volkes von der Einheit des Staatswillens im Vorhergehenden gesagt wurde. Der aus tausendfältiger Uebung hervorgegangene Satz gilt dem Volksbewusstsein als Recht, nicht aber die früher erlassene, und von den amtlichen Organen selbst nicht beachtete Norm, welche die Bildung von Gewohnheitsrecht untersagt.

Ein markantes Beispiel für die Unwirksamkeit gesetzlicher Ausschliessung des Gewohnheitsrechtes bietet das geltende österreichische Strafgesetzbuch. Obwohl im Art. IV des Kundmachungspatentes Analogie und Gewohnheit ausgeschlossen sind, insofern es sich um den Thatbestand eines Delictes handelt, so hat sich dennoch in der Praxis die Rechtsgewohnheit herausgebildet, die im Gesetze beim Diebstahl angegebene Berechnungsweise des höheren Betrages per analogiam auf Veruntreuung und Betrug in Anwendung zu bringen.

Die gesetzliche Ausschliessung des Gewohnheitsrechtes vermag daher die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht zu beseitigen und kann, wie Eisele richtig erkannt hat [1], nur die Bedeutung haben, dass der Richter angewiesen wird, künftiges Gewohnheitsrecht nicht zur Anwendung zu bringen. Das ist an sich Rechtsverwirrung. Aber dieselbe wird in der Regel dadurch aufgehoben werden, dass der vernünftige Richter den

[1] a. a. O. im Archiv f. civ. Praxis S. 292.

einzelnen Fall unter Berufung auf die Natur der Sache im Sinne des Gewohnheitsrechtes entscheiden wird. Dem unvernünftigen Richter ist allerdings die Handhabe gegeben, die Entscheidung nicht nach dem bestehenden Gewohnheitsrecht, sondern danach zu treffen, was er im Widerspruch zur Uebung seit Menschengedenken für die Natur der Sache hält.

V. Das Gewohnheitsrecht im absoluten Staate.

Die zweite gegen O. Mayer erhobene Einwendung bezog sich auf die Behauptung, dass es im absoluten Staate für die eigentliche obrigkeitliche Gewalt keine Rechtsschranke gegeben, und dass Gewohnheitsrecht nur im öffentlichen Verbandsrechte und in den Beziehungen zwischen dem Fiscus und den Einzelnen bestanden habe. Der erste Theil der Behauptung steht mit den geschichtlichen Thatsachen in so offenem Widerspruche, dass er nicht erst widerlegt zu werden braucht. Auch wenn wir von der Steuer- und Militärgesetzgebung absehen und nur die innere Verwaltung im engeren Sinne nehmen, so war doch im absoluten Staate eher ein Zuviel normirender Ordonnanzen, als dass dieselben gefehlt hätten. Meint aber Mayer, was wohl das Wahrscheinliche ist, dass sich die vollziehende Gewalt an dieselben nicht gebunden erachtete, weil sie dieselben jederzeit abändern konnte, so gilt dies, abgesehen davon, dass ein Gesetz nicht dadurch aufhört Gesetz zu sein, weil es übertreten wird, doch nur von der obersten Instanz. Die unteren Behörden waren gleich der Bevölkerung zur Beobachtung derselben verpflichtet.

Prüfen wir nun, wie es speciell mit dem Gewohnheitsrechte stand.

Da das Staats- und Verwaltungsrecht in Bezug auf die Rechtsbildung keine homogene und einheitlich zu beurtheilende Materie ist, so müssen wir diesbezüglich mehrere Theile unterscheiden.

Was zunächst das Verfassungsrecht des absoluten Staates betrifft, welches sich nach den Ergebnissen unserer Untersuchung auch gewohnheitsrechtlich in constitutionelles Verfassungsrecht hätte umbilden können, welches aber hier unter der Voraussetzung seines Bestandes als absolutes Verfassungsrecht betrachtet wird, so beruhte dasselbe auf dem einen Satze, dass der Monarch ausschliesslich zur Handhabung der Regierungsgewalt berufen ist. Dieser Satz war, wenn der Absolutismus sich geschichtlich aus der allmähligen Zurückdrängung der ständischen Macht entwickelt hatte, Gewohnheitsrecht, dagegen, wenn der Absolutismus durch ausdrückliche Beseitigung bestehender, constitutioneller Einrichtungen begründet würde, wie dies in Oesterreich zuletzt mit dem kaiserlichen Patente vom 31. December 1851, durch welches die Verfassung vom 4. März 1849 aufgehoben wurde, der Fall war, gesatztes Recht.

Neben diesem Rechtssatze war für die gewohnheitsrechtliche Bildung von Verfassungsrecht im absoluten Staate nur in Bezug auf die Mitglieder der Dynastie Raum, da diese neben dem Monarchen die einzigen Personen waren, denen verfassungsrechtliche Befugnisse zukamen. So wäre es ganz wohl denkbar, dass das Recht der Thronfolge, der Regentschaft u. dgl. sich gewohnheitsrechtlich entwickelt hätten. Ausserhalb dieses Personenkreises gibt es begrifflich im absoluten Staate keine verfassungsrechtlichen Befugnisse, und es wäre daher mit der Begründung solcher auf dem Wege der Gewohnheit der absolute Character des Staates selbst beseitigt worden.

Die einzelnen Befugnisse des Monarchen selbst waren nur ein Ausfluss seiner absoluten Machtvollkommenheit und beruhten demgemäss auf derselben Rechtsquelle, wie diese. Eine Reihe solcher monarchischer Befugnisse ist nun in Oesterreich aus der Zeit des Absolutismus in die constitutionelle Aera herübergenommen worden [1]), indem das Staatsgrundgesetz über die

[1]) Joseph Unger in der citirten Rede S. 441.

Regierungs- und Vollzugsgewalt keine erschöpfende Darstellung der kaiserlichen Rechte enthält, wie ja unsere ganze Verfassungsgesetzgebung keine einheitliche, geschlossene Codification ist.

Dahin gehören das Recht der Hausgesetzgebung, der Hofhaltung, der Gnade auf dem Gebiete der Verwaltung, der Bestimmung von Titel, Wappen und Flaggen für den Kaiser und den Staat, das Recht, Gesandte zu empfangen und zu beglaubigen. Die Rechtsquelle, auf welcher diese unzweifelhaft dem Kaiser zustehenden Rechte begründet sind, ist offenbar dieselbe geblieben, wie vor Erlassung der Verfassungsgesetze.

Auch innerhalb des Verwaltungsrechtes haben wir mit Rücksicht auf die Ungleichartigkeit der Rechtsbildung mehrere Theile zu unterscheiden.

Erstens. Das Organisationsrecht war im absoluten Staate, insofern es sich um die Entstehung von Organen handelte, regelmässig kein Feld für gewohnheitsrechtliche Bildungen. In aller Regel wurden Organe durch creatorische Verfügungen ins Leben gerufen, vermöge deren sie mit einem Schlage für die Dauer rechtlich begründet waren. Auch in jenen Fällen, in welchen Jemand zu einer neuen Organstellung berufen wurde, die vordem nicht bestand, lag hierin implicite die Organisation in abstracto. Ausnahmsweise mag es jedoch vorgekommen sein, dass noch im absoluten Staate analog der Entwicklung in früheren Perioden der Rechtsbildung sich Organisationen im Wege der Gewohnheit herausbildeten. Hiegegen war die Gewohnheit auf dem Gebiete des Organisationsrechtes im absoluten Staate insofern eine fruchtbare Rechtsquelle, als es sich um die innere Einrichtung und Competenz der durch Creationsact ins Leben gerufenen Organe handelte, worauf Unger in Bezug auf die deutsche Dienstsprache der Behörden mit Recht in seiner citirten Rede im österreichischen Herrenhause hingewiesen hat.

Zweitens. Was das materielle Verwaltungsrecht betrifft, so war gerade der absolute Staat vermöge der geschichtlichen Entwicklung zu einer ablehnenden Haltung gegen das Gewohnheitsrecht gekommen.

Die Landeshoheit hatte ihre absolute Machtvollkommenheit erst nach langen Kämpfen mit den Ständen errungen und insbesondere die Militär- und Steuerhoheit nur unter dem heftigsten Widerstreben derselben, die Schulhoheit unter stetigem Protest der Kirche erlangt. Seines geschichtlichen Ursprunges bewusst, wachte der Absolutismus eifersüchtig auf die Behauptung seiner Prärogative und blieb jederzeit darauf bedacht, ausschliesslich durch seine Initiative den Staat in Thätigkeit zu setzen. Indem er überall befehlend und bevormundend eingriff, suchte er jede selbständige Regung des Volkes in öffentlichen Sachen als Auflehnung gegen seine Autorität zu unterdrücken, und gelangte endlich dazu, wie dies schon im Vorhergehenden bemerkt wurde, selbst auf dem Gebiete des Privatrechtes die Bildung von Gewohnheitsrecht als ein strafwürdiges Unterfangen zu brandmarken [1]). Es leuchtet ein, dass der Absolutismus consequenterweise das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes noch in weit höherem Masse perhorresciren musste. Die Leichtigkeit, mit welcher der durch keinerlei Beschränkung aufgehaltene Apparat der Gesetzgebung im absoluten Staate arbeitete, musste ein solches Streben ausserordentlich fördern, wofür die Gesetzessammlungen der absoluten Epoche mit ihrer erdrückenden Fülle von Reglements die beste Illustration bieten.

Drittens. Ganz anders stand es im öffentlichen Verbandsrechte. Dieses Rechtsgebiet bildet bis in unsere Tage den geradezu classischen Boden für die Entstehung von Gewohnheitsrecht. Ein relativ beschränkter Kreis von Rechtsgenossen, Rechtsverhältnisse, welche an enge örtliche Grenzen in der Weise geknüpft sind, dass sie innerhalb derselben nicht

---

[1]) Siehe oben S. 560, Anm.

nur begründet werden, sondern sich auch völlig ausleben, eine mit der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse wechselnde Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse selbst, welche der Regelung durch die nothwendigerweise nivellirende Gesetzgebung energisch widerstreiten, die vielfach, insbesondere bei der Landbevölkerung, das ganze wirthschaftliche Leben der Rechtsgenossen erfassende Bedeutung der Rechtsverhältnisse, die eben deshalb fortdauernd im Rechtsbewusstsein derselben lebendig bleiben, alle diese Umstände drängen förmlich dazu, die Bildung des objectiven Rechtes hier nicht durch die auch beim besten Willen mit den intimen örtlichen Verhältnissen des Kreises nicht vertrauten Organe der Gesetzgebung vorzunehmen, sondern ruhig der Kraft der Rechtsübung zu überlassen. Dazu kommt aber, dass die Staatsgewalt allenthalben diesen von ihr nicht geschaffenen Rechtsverhältnissen zunächst überhaupt ferne stand, und erst im Verlaufe der Entwicklung ihrer Hoheitsrechte im Sinne des Territorialprincipes ein Oberaufsichtsrecht über dieselben in Anspruch nahm, das sich in aller Regel auch im absoluten Staate in der Ueberwachung und Entscheidung von Streitigkeiten erschöpfte und zu normativem Einschreiten nur höchst ausnahmsweise Anlass bot.

Die hier angeführten Momente sind wohl ein genügender Erklärungsgrund dafür, dass das im Gebiete des Verwaltungsrechtes vorkommende Gewohnheitsrecht im österreichischen und deutschen Rechte übereinstimmend überwiegend dem öffentlichen Verbandsrechte, bezw. dem damit verwandten öffentlichen Parteienrechte angehört. In erster Linie sind, was das österreichische Recht betrifft, die Gemeindeordnungen zu nennen, welche sich in Bezug auf das Recht und das Mass der Theilnahme an den Nutzungen des Gemeindegutes, sowie in Bezug auf das Recht zur Erhebung gewisser Abgaben ausdrücklich auf bestehende Gewohnheiten berufen, ferner die Wege- und Strassengesetze, die Judenordnungen, das Patronatsrecht, das Propinationsrecht hinsichtlich der Bei-

träge der Leistungspflichtigen. Auch die Berufung auf die »ortsübliche« Weise der öffentlichen Kundmachung im Wehrgesetze und im böhmischen Jagdgesetze sind im Grunde genommen auch nur Gewohnheitsrecht innerhalb eines Verbandes, auf welches sich in den einem anderen Rechtsgebiete angehörigen Gesetzen einfach berufen wird.

Schliesslich ist zu bemerken, dass auch diejenigen Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof die Geltung des Gewohnheitsrechtes mangels einer gesetzlichen Berufung auf dasselbe nicht zuliess, dem Gemeinderechte angehörten.

Viertens. Was endlich das administrative Verfahren betrifft, so verhielt es sich mit demselben in der vorconstitutionellen Zeit, in welcher eine principielle Trennung der Justiz von der Verwaltung nicht bestand, und in welcher es subjective öffentliche Rechte gegen den Staat überhaupt nicht gab, in folgender Weise. In Parteisachen des öffentlichen Rechtes erschien es ganz naturgemäss, dass die Behörden, insofern es sich um allgemeine Grundsätze des Verfahrens handelte, eine analoge Anwendung der Normen des gerichtlichen Verfahrens vornahmen. In jenen Fällen, in welchen die besondere Beschaffenheit eines Verwaltungsgebietes ihre Rückwirkung auf die Formen des administrativen Verfahrens ausübte, ergab sich die Nothwendigkeit, diesbezüglich unter einem mit der materiellrechtlichen Gesetzgebung Vorsorge zu treffen.

Im Uebrigen wurden normative Vorschriften nicht erlassen, die Behörden hatten die Grundsätze des Verfahrens nach der Natur der Sache zu bestimmen, und es war die Möglichkeit gegeben, dass die Leere des objectiven Rechtes durch Sätze des Gewohnheitsrechtes ausgefüllt wurde. Inwiefern diese Möglichkeit sich bereits verwirklicht hat, und inwiefern, da die Verhältnisse auch nach der Erlassung der Verfassung die gleichen geblieben sind, wir uns noch in dem Stadium der Bildung von Gewohnheitsrecht befinden, lässt sich schwer abgrenzen. Aber sicherlich haben wichtige Grundsätze des Ad-

ministrativverfahrens, wie der Grundsatz des beiderseitigen Gehörs, der Zuziehung der Betheiligten zur Beweisaufnahme, der Nothwendigkeit der Verständigung Dritter (Interessenten oder Berechtigter) von einer Verfügung u. dgl., schon gegenwärtig die Kraft des Gewohnheitsrechtes erlangt [1]).

So glauben wir es als Resultat der vorstehenden Ausführungen ansehen zu dürfen, gegen O. Mayer den Beweis erbracht zu haben, dass im absoluten Staate Gewohnheitsrecht sich auch ausserhalb des öffentlichen Verbandsrechtes und der Beziehungeu zwischen Fiscus und Einzelnen entwickeln konnte, wie sich solches speciell in Oesterreich auch thatsächlich gebildet hat.

VI. Das Gewohnheitsrecht im constitutionellen Staate.

Durch den Uebergang zum constitutionellen Regierungssystem ist ein ganz neuer Kreis von Rechtssubjecten des öffentlichen Rechtes geschaffen worden, die vermöge gleichmässiger Uebung in concreten Rechtsgestaltungen Gewohnheitsrecht erzeugen können, insofern nicht entgegenwirkende Ursachen vorhanden sind. Als solche, das ganze Gebiet des Verwaltungsrechtes bis auf das öffentliche Verbandsrecht treffende Ursachen hat Mayer, wie dargelegt wurde, den verfassungsmässigen Vorbehalt, dass die Verwaltungsbehörden nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung handeln dürfen, einerseits, das freie Ermessen andererseits bezeichnet.

Untersuchen wir zunächst, inwieweit der im ganzen Staats- und Verwaltungsrecht bestehende verfassungsmässige Vorbehalt, dass Rechte nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung ausgeübt werden können, im Stande ist, die Bildung von Gewohnheitsrecht auszuschliessen. Es ist ohne Zweifel richtig, dass, wo die gesetzliche Grundlage nicht gegeben ist, die Ausübung eines Rechtes in concreto nicht zulässig ist, auch

[1]) F. Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens, a. a. O.

in jenen Fällen nicht, in welchen die Nichtgewährung des Rechtes auf einem so offenkundigen Uebersehen des Gesetzgebers beruht, wie die Nichtverleihung der Immunität an die Mitglieder der ungarischen Delegation während des Tagens derselben in Wien. Es könnte daher bei Einhaltung des Gesetzes in der That Gewohnheitsrecht überall dort nicht entstehen, wo die verfassungsmässig nothwendige gesetzliche Ermächtigung zur Uebung eines Rechtes überhaupt fehlt. Allein aus denselben Gründen, aus welchen trotz eines entgegenstehenden Gesetzes sich derogirendes Gewohnheitsrecht bilden kann, kann aus einer thatsächlich, ohne gesetzliche Grundlage erfolgenden Uebung Gewohnheitsrecht entstehen. Die Verfassungsgeschichte einer Reihe von Staaten liefert den Beweis, dass die derogirende Kraft der Gewohnheit speciell auf dem Gebiete des Verfassungsrechtes eine sehr grosse Rolle gespielt und hier auch oft eine wohlthuende Wirkung geübt hat, indem die milde Form der Revolution, als welche wir die Bildung derogirenden Gewohnheitsrechtes gekennzeichnet haben, ernsten und gefährlichen Umwälzungen des Staats- und Rechtslebens vorzubeugen in der Lage war. Auch im socialen Leben der Völker ist das Ventil der beste Schutz vor Explosion.

Historisch bedeutungsvolle Beispiele der Wirksamkeit der Gewohnheit auf dem Gebiete der Verfassung zeigen England und Ungarn, in welchen Staaten sich das parlamentarische System, dessen Gegensatz zum Constitutionalismus ein so grosser ist, dass dem ersteren von mancher Seite der monarchische Character aberkannt wird [1]), im Wege der Gewohnheit herausgebildet hat. Eine besonders merkwürdige Erscheinung ist hiebei speciell die Bildung des englischen Cabinets, welches als solches der geschriebenen Verfassung unbekannt ist [2]).

---

[1]) M. v. Seydel, Staatsrechtliche u. politische Abhandlungen S. 120 ff.

[2]) Stephens a. a. O. II, S. 458; Anson, Law and custom of the constitution II, S. 105. Als entscheidende Momente für die Entwicklung zum Parlamentarismus in England seien angeführt, dass nach Boutmy a. a. O.

Vielleicht dürfen wir auch den gemeinsamen Kronrath der österreichisch-ungarischen Monarchie, der unter Betheiligung österreichischer, ungarischer und gemeinsamer Minister stattfindet, und von dem in dem geschriebenen Verfassungsrechte keine Rede ist, als einen Ansatz zur Bildung von Gewohnheitsrecht betrachten.

Aber abgesehen von diesen Fällen, in welchen die constante Uebung gesetzlich nicht zustehender Rechte zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen kann, ist die verfassungsmässig nothwendige gesetzliche Ermächtigung selbst sehr oft eine so weite, dass innerhalb derselben viel Raum für die Bildung von Gewohnheitsrecht offen bleiben kann. Man denke an jene Fälle, bei welchen der Gesetzgeber bewusst die Ausfüllung weit gezogener Grenzen der Praxis überlässt und die in diesem Sinne als Rahmengesetze erscheinen. Solche Gesetze sind wie in den meisten Staaten, so auch bei uns die Gesetze über die Geschäftsordnung der Parlamente. Desgleichen beruht die gesetzliche Grundlage des administrativen Verfahrens in Oesterreich zum allergrössten Theile auf den blossen Vollzugsclauseln der materiellen Verwaltungsgesetze, auf Grund deren die Verwaltungsbehörden nach der näheren Bestimmung, welche §. 6 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof hiezu gegeben hat, verpflichtet sind, die Grundsätze des administrativen Verfahrens nach der Natur der Sache zu bestimmen [1]).

Es wurde bereits an früherer Stelle von der Fruchtbarkeit der Gewohnheit auf diesem Rechtsgebiete gesprochen.

Ferner gehören hieher alle jene Fälle, in welchen sich in zur unmittelbaren Ausführung bestimmten Gesetzen Lücken finden, deren Ausfüllung sehr wohl im Wege der Gewohnheit erfolgen kann. Demonstrandi causa seien die folgenden Beispiele angeführt.

S. 32 ff., seit 1707 das königliche Veto nicht mehr ausgeübt wurde, und dass seit Georg I. kein König mehr persönlich im Ministerrathe erschien.

[1]) Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 15.

Das Ministerverantwortlichkeitsgesetz enthält keine Bestimmung, betreffend den Vorgang bei Constituirung des Staatsgerichtshofes; die Landesgesetzgebungen normiren nichts hinsichtlich der Art der Kundmachung der Landesgesetze bis auf die von Böhmen und Galizien, wo die Kundmachung im Landesgesetzblatt gesetzlich angeordnet ist. Die Gemeindeordnungen haben insofern eine Lücke, indem wohl eine Bestimmung über die Zulässigkeit der Sistirung von Decernaten der Gemeindeausschüsse, nicht auch der Gemeindevorsteher und des Gemeindevorstandes seitens der Aufsichtsbehörden getroffen ist.

Es leuchtet ein, dass innerhalb eines in Gemässheit des verfassungsmässigen Vorbehaltes erlassenen Ermächtigungsgesetzes sich Gewohnheitsrecht dann nicht bilden kann, wenn das Gesetz sich nur auf die Vornahme eines speciellen Verwaltungsactes bezieht, wie das bei Aufnahme von Staatsschulden, Veräusserung von Staatsgut u. dgl. m. vorgeschrieben ist, und ferner dann, wenn der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden freies Ermessen mit Rücksicht darauf einräumt, dass die zu regelnden Verhältnisse ihrer Natur nach der Subsumtion unter eine allgemeine Norm widerstreiten.

Mayer hat im Gegensatze zum allgemeinen Sprachgebrauche, welcher den Ausdruck »freies Ermessen« in dem eben erörterten Sinne versteht, und in welchem derselbe auch speciell im österreichischen Rechte als Grund der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes gebraucht wird, denselben auf den ganzen Raum der Nichtbindung der Behörden innerhalb der Ermächtigungsgesetze angewendet, so dass darunter auch jene Fälle zu rechnen wären, in welchen die Behörden zur Ausfüllung weitfaltiger Gesetze Verordnungen zu erlassen sich veranlasst sahen. Es würde gegen diese Sprachgebrauchswidrigkeit unter allen Umständen Verwahrung einzulegen sein, hier aber um so mehr, als Mayer das freie Ermessen als Ausschliessungsgrund des Gewohnheitsrechtes bezeichnet.

Als Grund, warum durch dasselbe die Bildung von Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein soll, führt Mayer an, dass sich die Verwaltungsbehörden nicht unter eine von anderswoher genommene bindende Regel stellen, um sich der Pflicht und Verantwortlichkeit zu entziehen. Dieser Grund muss in der That höchst eigenthümlich berühren. Ist die Befolgung von Recht eine Ablehnung von Pflicht und Verantwortlichkeit und nicht vielmehr eine Erfüllung derselben? Und ist das im Staate geltende Recht — und Gewohnheitsrecht ist Recht, wie Gesetzesrecht — eine von anderswoher genommene bindende Regel? Wäre diese Begründung zutreffend, dann thäte der Gesetzgeber am besten, die ganze Verwaltung dem freien Ermessen der Behörden zu überlassen, denn dann könnten sie sich am wenigsten ihrer Pflicht und Verantwortlichkeit entziehen. In Wahrheit aber verhält sich, wie bereits bemerkt, die Sache so, dass der Gesetzgeber den Behörden nur dort bewusst freies Ermessen einräumt, wo er eine entsprechende Norm nicht findet, weil die concreten Verhältnisse vermöge ihrer individuellen Verschiedenheit der Subsumtion unter eine allgemeine Regel widerstreiten, und weil er es für das geringere Uebel ansieht, dass die Behörden den einzelnen Fall frei entscheiden, als dass sie ihn unter eine nicht passende Regel zwingen.

Würde es sich in der Praxis zeigen, dass der Gesetzgeber geirrt hat, dass dort, wo er freies Ermessen eingeräumt hat, sich constant eine gleichmässige Rechtsübung wiederholt, so ist absolut nicht einzusehen, warum sich hier Gewohnheitsrecht nicht sollte herausbilden können. Die Verwaltungsbehörden hätten aber um so weniger Anlass, sich über dieses Gewohnheitsrecht zu beschweren, als ihre eigene Uebung dasselbe geschaffen hätte. Es ergibt sich von selbst, dass die Bildung von Gewohnheitsrecht um so weniger in jenen Fällen ausgeschlossen sein kann, in welchen die Ausführungsgesetze der Rechtsbildung bewusst oder unbewusst freien Spielraum

gelassen haben. Vom Standpunkte des Rechtsstaates erscheint es ganz im Gegentheile als ein anzustrebender Fortschritt, die Rechtsgrundlagen der Verwaltung möglichst vollständig auszugestalten.

Sind die Ausführungen dieses Abschnittes zutreffend, dann bildet folgerichtig das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Verbandsrechtes nicht, wie Mayer lehrt, eine Ausnahme von der Nichtgeltung der Gewohnheit, sondern eine Bestätigung des Satzes, dass auch für das Gebiet des Verwaltungsrechtes die Gewohnheit Rechtsquelle ist.

Da die an früherer Stelle dargelegten Umstände, welche das öffentliche Verbandsrecht als einen für die Bildung von Gewohnheitsrecht besonders geeigneten Boden erscheinen liessen, durch den Uebergang zum constitutionellen Regierungssystem im Wesentlichen unberührt blieben, so ist anzunehmen, dass auch in Zukunft die Gewohnheit auf diesem Rechtsgebiete eine besondere Fruchtbarkeit entfalten werde.

Der von Mayer vorgebrachte Erklärungsgrund der angeblichen Ausnahme des Gewohnheitsrechtes im Gebiete des öffentlichen Verbandsrechtes, dass die staatlichen Behörden hier eine der des Civilrichters verwandte Stellung inne haben, indem sie die Aufgabe haben, das Recht so zu handhaben, wie es sich zwischen den Betheiligten herausgebildet hat, ist an sich richtig, jedoch mit der auch für den Civilrichter giltigen Modification, dass die behördliche Mitwirkung für die Bildung von Gewohnheitsrecht wesentlich ist, da erst in derselben das Moment staatlicher Anerkennung, welches für alles Recht erforderlich ist, gelegen ist [1]).

---

[1]) Die vom preussischen Oberverwaltungsgericht einmal ausgesprochene Ansicht (Bd. XXII, S. 100), dass die Praxis der Verwaltungsbehörden für die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht in Betracht komme, dass sie nicht zu den Betheiligten gehöre, unter denen sich Gewohnheitsrecht für ein gemeinsames Rechtsverhältniss ausbilden könne, ist daher in dieser Allgemeinheit auch für das öffentliche Verbandsrecht nicht zutreffend.



Es ist aber nicht erfindlich, aus welchem Grunde eine solche der des Civilrichters verwandte Stellung der staatlichen Behörden ein allgemeines Erforderniss für die Bildung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung sein sollte. Wollte man denselben, wie auch aus der eben citirten Entscheidung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes herauszuklingen scheint, darin finden, dass die staatlichen Behörden vermöge des verfassungsmässigen Vorbehaltes nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung zu handeln berechtigt sind, so ist diesbezüglich auf die vorhergehenden Ausführungen zu verweisen.

Die Stellung der staatlichen Behörden in der Verwaltung ist aber so weit entfernt davon, ein Hemmschuh für die Entwicklung von Gewohnheitsrecht zu sein, dass man vielmehr Rümelin[1]) beipflichten muss, dass, abgesehen von jenen Momenten, die gelegentlich der Besprechung der einzelnen Theile des Staats- und Verwaltungsrechtes hervorgehoben wurden, zwei Umstände dazu beitragen, der Uebung im Staats- und Verwaltungsrechte eine grössere Bedeutung zu verleihen als im Privatrechte: 1. dass gerade mit Rücksicht auf das häufige Nichtvorhandensein gesetzten Rechtes die Anlehnung an die Uebung sehr naheliegend ist, und 2. dass mangels eines Richters, wie bei Streitigkeiten zwischen Volksvertretung und Regierung, die Uebung als das objectiv über den Parteien stehende Mittel erscheint.

[1]) a. a. O. S. 229.

